JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.751.00-30

LICITAÇÃO – DISPENSA – EMERGÊNCIA – NÃO ATENDIMENTO AO ARTIGO 26, I E II, LEI FEDERAL 8.666/93 – ACOLHIDO O CONTRATO – COM RECOMENDAÇÃO.

RELATÓRIO

Cuida-se do exame do **CONTRATO** número **23/00**, firmado entre a **SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRA-ESTRUTURA E OBRAS – SIURB** e **CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA.**, objetivando a execução das obras e serviços de recuperação e reforço do Viaduto de Acesso da Rodovia Presidente Dutra à Marginal Tietê, pista expressa, sentido Airton Senna/Castelo Branco, no valor de R$ 2.248.905,44 (dois milhões, duzentos e quarenta e oito mil novecentos e cinco reais e quarenta e quatro centavos).

O Contrato foi lavrado independentemente de licitação, com fundamento na emergência, nos termos do artigo 64, inciso IV, da Lei Municipal nº 10.544/88 e alterações, combinado com o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal número 8.666/93 (folhas 183/189).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, inicialmente, entendeu caracterizada a situação emergencial autorizadora da contratação, reconhecendo como imprescindível a recuperação do Viaduto, que sofrera abalroamentos de extrema gravidade em sua estrutura, colocando em risco o patrimônio e a vida da população usuária (folhas 193/196).

A Auditoria concluiu pela regularidade da avença, sob o aspecto contábil-orçamentário, desde que a Origem deixasse esclarecido a respeito de discrepância constatada entre o valor estimado da contratação, verificado por ocasião da mesma, e aquele efetivamente contratado (folha 200).

Por sugestão da Engenharia, a Origem foi oficiada, para que apresentasse **justificativas sobre os preços contratados**, assim como **esclarecesse as razões que ensejaram a escolha da Contratada**, uma vez que a mesma não era cadastrada junto à Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras, **quando expedida a Ordem de Início dos Serviços, ou por ocasião da lavratura do Contrato** (folhas 244/250).

Intimado, o Secretário da Pasta, à época, ofereceu **DEFESA** acompanhada de documentação que, analisada pela Engenharia, reafirmou subsistir **sem resposta a motivação sobre a escolha da Contratada, bem como não terem sido justificados os preços extratabelas – PET 08** (estaca tipo raiz com 250 milímetros) e **PET 11** (estrutura metálica provisória) (folhas 257/258; 271/315 e 333/336).

Ante às conclusões da Engenharia, a Assessoria Jurídica de Controle Externo decidiu rever seu anterior pronunciamento, ponderando que, não obstante nas

contratações emergenciais "o que se busca é a satisfação do interesse público, porém **impende observar os requisitos mínimos para então cumprir e atingir a finalidade abrigada e desejada pela legislação pertinente aplicável à espécie"** – folha 343 (grifamos) (folhas 340/345).

Anexada ao processo a documentação de folhas 355/389, a Engenharia afirmou não ter a Origem trazido para o processo elementos convincentes que justificassem a contratação dos valores pactuados dos **Preços Extratabelas – PETs 8 e 11** (folhas 392/396).

A Assessoria Jurídica reiterou anterior manifestação.

Em face das conclusões dos Órgãos Técnicos no sentido da inobservância dos incisos II e III do artigo 26 da Lei Federal número 8.666/93, que exige, de forma taxativa, que nas contratações emergenciais seja demonstrada a razão de escolha da fornecedora ou executante (inciso II), bem como estejam justificados os preços contratados – (PET 8 e 11) –, determinei que a Engenharia quantificasse o montante do prejuízo sofrido pelo Município (folha 412).

Concluiu a Especializada que o valor unitário pactuado do metro da estaca tipo raiz em R$ 165,65 (cento e sessenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos) deveria corresponder a R$ 115,00 (cento e quinze mil reais) – (PET 08), enquanto o valor ajustado de R$ 3,59 (três reais e cinqüenta e nove centavos) do quilo da estrutura metálica – (PET 11) – data-base/janeiro 2000, se afigurou excessivo (conforme pesquisas efetuadas junto a empresas do ramo de sucatas), pois deveria corresponder a R$ 0,10 (dez centavos) o quilo.

Arrematou afirmando que, em face dos valores apontados, o montante despendido a mais pelo Município de São Paulo, acrescido de 15% (quinze por cento) da taxa de administração foi de R$ 26.390,49 (vinte e seis mil trezentos e noventa reais e quarenta e nove centavos) **para o PET 08** e de R$ 1.918,66 (mil novecentos e dezoito reais e sessenta e seis centavos) **para o PET 11**, totaliza R$ 28.372,15 (vinte e oito mil trezentos e setenta e dois reais e quinze centavos) (folhas 414/416).

Ante os novos elementos de instrução dos autos, determinei a intimação do Ordenador da Despesa para oferecimento de eventual aditamento à **DEFESA** apresentada (folha 426).

Apesar das novas ponderações do interessado, a Engenharia reiterou seu anterior pronunciamento no sentido da ausência de hábeis justificativas apresentadas para os preços extracontratuais citados, ressaltando que, a critério superior, poder-se-ia inquirir a Origem a respeito do destino dado para a estrutura metálica (PET 11) (folhas 420/421, 426, 429/478 e 485/489).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, reiterando pronunciamento exarado no sentido da regularidade da contratação, acrescentou que o montante de R$ 28.372,15 (vinte e oito mil trezentos e setenta e dois reais e quinze centavos), pago a mais pelo Poder Público, situa-se no patamar de 1,5% (um e meio por cento), uma vez considerado o valor total contratado, o qual seria aceitável, pois não existe propriamente uma "cartilha" estrita a ser seguida para a avaliação de custos de serviços e bens extracontratuais (folha 492).

A Origem esclareceu que, após autorização do Departamento de Obras 2, a estrutura metálica foi doada a um 'ferro velho', sem nenhum ônus para as partes, motivo pelo qual a Engenharia houve por bem concluir ser de R$ 26.390,49 **(vinte e seis mil trezentos e noventa reais e quarenta e nove centavos)** (data-base janeiro 2000) o montante do prejuízo do Erário – referente ao PET 08 (folhas 509/510).

Endossando, praticamente, as conclusões da Procuradoria da Fazenda Municipal, o Chefe da Assessoria Jurídica propôs o acolhimento do contrato e aceitação de seus efeitos financeiros, considerando, sobretudo, o tempo decorrido desde sua execução e que o montante do prejuízo – fruto de divergências de interpretações dos cálculos – atinge a um por cento do valor contratual, fatores que não justificariam sua rejeição (folhas 521/522).

Aduziu a Secretaria Geral que, não obstante os pronunciamentos dos Órgãos preopinantes sejam no sentido de se achar comprometida a regularidade do contrato, pelo desatendimento dos incisos II e III do parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal número 8.666/93, levando-se em conta a essencialidade dos serviços contratados, que não poderiam sofrer solução de continuidade, e em face do tempo decorrido e dos efeitos pelo mesmo já produzidos, propugnou pelo seu acolhimento, com a expedição de determinação à Origem para que "tenha planejamento eficiente, sob pena de que o administrador venha a sofrer a penalidade, consoante o que preconiza a legislação vigente" (folhas 526/529).

É o relatório.

VOTO

De forma uníssona, os Órgãos Técnicos deste Tribunal concordaram achar-se caracterizada, na espécie, a ocorrência da situação emergencial autorizadora da contratação direta da **CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA.**, para a prestação dos serviços de recuperação do Viaduto de Acesso da Rodovia Presidente Dutra à Marginal do Tietê, cuja estrutura se achava comprometida e colocando em risco a segurança e o patrimônio da população usuária do mesmo.

Restou evidenciado, entretanto, o descumprimento dos incisos II e III do artigo 26 da Lei Federal número 8.666/93, conforme relatado.

Não obstante, segundo entendimento da Doutrina Pátria, se admita, nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, a realização de procedimento simplificado especial para evidenciar a ocorrência da situação excepcional, que autoriza a contratação direta e, após, a formalização do contrato, isto **não significa esteja a Administração exonerada de demonstrar a lisura de seu agir**, justificando os motivos que a levaram a pactuar com determinada empresa e que os preços são consentâneos com aqueles praticados pelo mercado.

Não basta, repita-se, unicamente, demonstrar a ocorrência da situação emergencial.

Eis porque é inadmissível em Estado Democrático de Direito, a teor do espírito que norteia o artigo 26 da Lei Federal número 8.666/93, que a Administração Pública

não explicite a transparência de seu comportamento no trato da coisa pública, em estrita observância ao princípio da motivação dos atos praticados.

A observância de aludidos preceitos objetiva demonstrar que a empresa diretamente contratada **reúne as melhores condições para a satisfação do interesse público, detendo, além de idoneidade, as condições habilitadoras**, previstas nos artigos 27 a 31 da Lei Federal número 8.666/93, propiciando, principalmente, a **viabilização dos controles internos e externo dos atos praticados**.

Nessa linha de raciocínio, conforme reconheceram a Engenharia (folhas 333 e 334 e verso) e a Assessoria Jurídica (folhas 343 a 345), **não ficou demonstrada nos autos a existência de justificativas para a escolha da CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA.**, a qual, à época do ajuste, **não era cadastrada junto à SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRA-ESTRUTURA E OBRAS – SIURB**, conforme se lê de folha 334 verso dos autos, e **nem sequer, anteriormente, executara obras de recuperação e de reforço de viadutos**, como se infere da leitura da relação das obras executadas constante de folhas 230 a 232 do processo.

De forma reiterada, ressaltou a Engenharia que, apesar das afirmações da Origem e do Ordenador das Despesas, os preços extracontratuais pactuados, dos **PET 08** e **11**, **não eram consentâneos com aqueles praticados pelo mercado** – folhas 497/500.

No respeitante ao **PET 11** (estrutura metálica), concluiu estarem "prejudicadas as conclusões anteriores" (folha 510) em face da informação de que a "estrutura foi doada como sucata a um "ferro velho" ... sem nenhum custo para a PMSP e para a Gomes Lourenço, referente às despesas com a desmontagem, cortes, manuseio, transporte e armazenagem".

Quanto ao **PET 08 (estaca tipo raiz, perfuração em solo)**, em razão da **evasiva** e **inconsistente argumentação apresentada pela Origem**, repetida pelo Ordenador do gasto (folhas 487 e verso), com amparo nas pesquisas de preços efetuadas no processo (folhas 414 e 415 e 486 verso) considerada a quantidade do material empregado – **502,70 metros** (quinhentos e dois metros e setenta centímetros) –, consignada na planilha de medição final (folha 247), mais taxa de administração, entendeu gerado **um prejuízo para o Erário Municipal** no valor de R$ 26.390,49 (vinte e seis mil trezentos e noventa reais e quarenta e nove centavos), data-base janeiro/2000.

Embora o Órgão Fazendário – folhas 410 e 411, 492 e 512 – e o Assessor Chefe de Controle Externo sustentem que o ônus causado ao Município de São Paulo é fruto de divergências interpretativas e representa percentual ínfimo, de aproximadamente 1% (um por cento), se comparado ao montante do Contrato – folhas 521/522 – não é possível deixar de se responsabilizar aquele que ordenou despesas públicas sem as cautelas e prudências necessárias.

Diante de todo o relatado, com amparo nos pronunciamentos exarados no presente no sentido da desobediência da legislação federal apontada que, em decorrência, gerou prejuízo para o Erário, **REJEITO**, por **IRREGULAR**, o **CONTRATO** número **23/00**, deixando de aceitar os efeitos financeiros produzidos, ficando o Ordenador da Despesa e signatário do Contrato, identificado no processo sob folha 189, obrigado a recolher aos cofres municipais a quantia de R$ 26.390,49 (vinte e seis mil trezentos e noventa reais e quarenta e

nove centavos) – **DATA-BASE JANEIRO/2000**, devidamente corrigida com os acréscimos legais devidos, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do trânsito em julgado da presente decisão.

Patenteada a inobservância da legislação invocada, a título de responsabilidade funcional, **APLICO** ao **ORDENADOR DA DESPESA** a **MULTA**, no valor de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal número 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de outubro de 2006.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Conforme atestado pelos órgãos técnicos, o exame dos autos permite verificar a situação emergencial que justificou a contratação por dispensa de licitação. A discrepância inicialmente apontada, quanto ao valor estimado e o efetivamente contratado, restou superada durante a instrução processual.

Permanecem, contudo, os apontamentos que dizem respeito ao critério de escolha da empresa contratada e à ausência de justificativa dos preços referentes ao PET 08, 09, 10 e 11, correspondendo, respectivamente, à estaca raiz em solo diâmetro de 250mm, estaca raiz em rocha diâmetro de 250mm, macaqueamento vertical da estrutura para alteamento.

Diversamente do afirmado na instrução processual, no momento da contratação, a empresa Gomes Lourenço Ltda. estava, de fato, cadastrada em SVP, havendo, portanto, prova de qualificação jurídica, econômico-financeira e técnica, bem como prova de regularidade fiscal da empresa à disposição da Origem. A apresentação da proposta, demonstrando o interesse da contratada, somado ao conhecimento prévio de suas condições de habilitação permitem afirmar que, diante desse cenário, a ausência de justificativa da escolha da contratada não pode, por si só, ser considerada como elemento de tal gravidade a macular a legalidade do ajuste.

Por sua vez, no tocante aos preços contratados, os elementos de defesa apresentados pela Origem tornam possível dizer que o custo dos serviços não deve ser considerado isoladamente, isto é, fora do contexto da obra e suas respectivas peculiaridades. Na elaboração da composição do valor da execução da estaca raiz, por exemplo, devem ser consideradas todas as interferências na execução do serviço, tais como a situação do terreno, o deslocamento entre frentes de perfuração, as dificuldades de posicionamento e perdas devido à geologia do terreno.

Nesse sentido, em relação ao PET 08, a Origem demonstra, de forma detalhada, os elementos que foram acrescidos ao preço apresentado na tabela PINI, necessários à execução dos serviços. São eles: materiais (cimento, aço, areia, arame recozido), mão-de-obra auxiliar, percentual de grau de dificuldade no importe de 25%, e, por fim, o BDI do contrato

referente a 41%. A somatória desses custos unitários resultou no valor total do serviço, que se mostrou 2,4% superior ao contratado.

Quanto à estrutura metálica auxiliar, PET 11, a Origem esclareceu que a mesma foi fabricada especialmente para esta obra, dada a inexistência deste tipo de estrutura no mercado para locação, afirmando que os valores praticados foram fruto de pesquisa de mercado para esse serviço.

Em que pese a Engenharia ter discordado dos demonstrativos apresentados pela Origem, não se pode desconsiderar que os parâmetros de preços, obtidos de fontes diversas, tais como da tabela PINI, tabela da SSO e da planilha do DER são divergentes, já que a composição de preços compreende elementos diferentes, o que impede, por si só, a afirmação da excessividade dos preços, sem a realização da equalização das informações.

Desta forma, entendo inexistir nos autos elementos suficientes para comprovar a existência de prejuízo ao Erário, bem como dolo ou má-fé por parte dos agentes envolvidos.

Diante do exposto, e nos termos da manifestação da Secretaria Geral, julgo regular o Contrato nº 023/SVP/2000 e determino à Origem que, nas futuras contratações emergenciais, elabore as justificativas referentes à escolha da contratada e do preço, nos termos do art. 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 11 de outubro de 2006.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO DE DESEMPATE

Examina-se nos autos a contratação direta da Construtora Gomes Lourenço Ltda., levada a efeito pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura Urbana e Obras.

O ajuste de nº 023/SVP/2000 foi lavrado para execução de obras e serviços de recuperação e reforço do viaduto de acesso da Rodovia Presidente Dutra à Marginal Tietê, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 (emergência).

A situação de urgência, fundamentadora do contrato, saliente-se, restou claramente reconhecida nos autos.

Não obstante, o I. Conselheiro Relator, Edson Simões, rejeitou o contrato, não aceitando os efeitos financeiros produzidos, em face do apontado pela área técnica do Tribunal, no sentido de que a Origem não justificara a escolha da contratada, tampouco os valores dos preços extracontratuais PET 08 e PET 11.

Conseqüentemente, multou o Ordenador da Despesa em R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais), obrigando-o, ainda, a recolher aos cofres públicos, devidamente corrigida, a importância de R$ 26.390,49 (vinte e seis mil trezentos e noventa reais e quarenta e

nove centavos), montante despendido a maior pelo Município, tendo em vista a diferença de valores dos preços extracontratuais, apontada pelos Engenheiros do Tribunal.

Acompanhou-o o Nobre Conselheiro Revisor Eurípedes Sales.

Contrariamente, posicionaram-se os Nobres Conselheiros Maurício Faria e Roberto Braguim, votando pela regularidade do contrato, com determinação à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura Urbana e Obras, no sentido de que, nas futuras contratações emergenciais, "elabore as justificativas referentes à escolha da contratada e do preço, nos termos do art. 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93".

No que tange ao primeiro ponto, argumentou o I. Conselheiro Maurício Faria, a demonstração do interesse da contratada, 'somado ao conhecimento prévio de suas condições de habilitação', permitiu-lhe afirmar que 'a ausência de justificativa da contratada não pode, por si só, ser considerada como elemento de tal gravidade a macular a legalidade do ajuste'.

Quanto aos preços extracontratuais, afirmou:

"Em que pese a Engenharia ter discordado dos demonstrativos apontados pela Origem, não se pode desconsiderar que os parâmetros de preços, obtidos de fontes diversas, tais como da tabela PINI, tabela da SSO e da planilha do DER, são divergentes, já que a composição de preços compreende elementos diferentes, o que impede, por si só, a afirmação de excessividade dos preços, sem a realização da equalização das informações".

Destarte, entendeu o I. Conselheiro 'inexistir nos autos elementos suficientes para comprovar a existência de prejuízo ao Erário, bem como dolo ou má-fé por parte dos agentes envolvidos'.

Estas as razões e os posicionamentos das duas correntes.

VOTO

Desempatando o julgamento, voto com a corrente dos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Roberto Braguim, pelo acolhimento do Contrato 23/SVP/2000.

De fato, os pontos salientados nos autos não se revestem de características tais que levem ao desacolhimento do ajuste, o qual, para atendimento de situação de natureza emergencial, exigia célere providência.

Embora incompleta, houve justificativa da escolha da contratada, conforme constou de fls. 22/23 do processo administrativo da Prefeitura, anexado por cópia ao presente TC (fls. 21/22).

Por outro lado, a diferença de valores dos preços extracontratuais poderia ser objeto de glosa pelo Tribunal, com determinação de devolução do quanto apurado, porém, não de motivo de rejeição do ajuste, haja vista a ínfima representativa em face do valor do contrato.

Era o que tinha a ponderar.

São Paulo, 31 de outubro de 2006.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.294ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

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 o Contrato 023/SVP/2000.

ACORDAM, outrossim, por maioria, consoante voto apresentado em separado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, bem assim pelo voto do Conselheiro Roberto Braguim, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, para efeito de desempate, nos mesmos termos, em determinar à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – Siurb que, nas futuras contratações emergenciais, elabore as justificativas referentes à escolha da contratada e do preço, nos termos do artigo 26, incisos II e III, da Lei Federal 8.666/93.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos do relatório e voto apresentados, e EURÍPEDES SALES – Revisor, que rejeitaram, por irregular, o Contrato 023/SVP/2000, deixaram de aceitar os efeitos financeiros produzidos e determinaram ao ordenador da despesa e signatário do contrato (identificado no processo sob folha 189) que recolhesse aos cofres municipais a quantia de R$ 26.390,49 (vinte e seis mil trezentos e noventa reais e quarenta e nove centavos) – data-base janeiro/2000 – devidamente corrigida com os acréscimos legais devidos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do trânsito em julgado da decisão alcançada pelo Egrégio Plenário, aplicando-lhe, ainda, a título de responsabilidade funcional, a multa no valor de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

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, 31 de outubro de 2006.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

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