JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.007.317.99-44

LICITAÇÃO – DISPENSA – EMERGÊNCIA – COLETA DE LIXO – CONTRATO – JULGADO IRREGULAR O CONTRATO – NEGLIGÊNCIA DO ORDENADOR DA DESPESA – ART. 3º DA LEI MUNICIPAL 10544/88 E NO ART. 3º DA LEI FEDERAL 8666/93 – VENCIDO O CONS. ANTONIO CARLOS CARUSO – RECURSOS INTERPOSTOS PELO SECRETÁRIO DE INFRAESTRUTURA URBANA E PFM – CONHECIDOS OS RECURSOS – REJEITADA A PRELIMINAR DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO – NO MÉRITO NEGADO PROVIMENTO – RECOLHIMENTO DO VALOR DA MULTA APLICADA PELO ORDENADOR DA DESPESA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 7.317.99-44, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos do Conselheiro Substituto DJALMA DONATO - Revisor e dos Conselheiros EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM, conforme notas taquigráficas insertas nos autos, em considerar irregular o Contrato 18/Limpurb/99, por entenderem que o mesmo acha-se divorciado da obediência ao princípio da legalidade inscrito no artigo 3º da Lei Municipal 10.544/88 e no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, com redação atualizada, bem assim, por entenderem configurada a negligência do ordenador da despesa, em aplicar-lhe a multa de 238 UFIRs.

Vencido o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, que votou pelo acolhimento do ajuste.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de dezembro de 2000.

WALTER ABRAHÃO

Presidente

DJALMA DONATO
Conselheiro Substituto Revisor, prolator da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo único do artigo 115 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Apreciam-se, neste "iter" processual, recursos opostos pela **PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL**, pela **SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRA-ESTRUTURA URBANA** e por **MÁRCIA HELOISA P. S. BUCCOLO**, ao v. Acórdão de 06.12.2000, que, por maioria de votos, proclamou a irregularidade do Contrato 18/Limpurb/99, pactuado com a VEGA ENGENHARIA AMBIENTAL S/A, por desobediência ao art. 3º da Lei Municipal n. 10.544/88 e ao seu correspondente federal, Lei nº 8.666/93, com suas atualizações, e impôs ao Ordenador da Despesa a multa de 238 UFIRs.

Resumidamente **a Procuradoria da Fazenda Municipal** argüi, em sede de preliminar, a nulidade do v. Julgado, por carecer de fundamentação, e, no mérito, a regularidade do ajuste, ante seu embasamento no artigo 64, inciso IV, da Lei Municipal e no art. 24, inciso IV, da Lei Federal, antes citadas (fls. 226/231).

A **Secretaria de Infra-Estrutura Urbana** e **Márcia Heloisa P.S. Buccolo**, de sua vez, suscitam, na mesma linha da Procuradoria da Fazenda Municipal, preliminar de nulidade do r. "Decisum" atacado, e, meritoriamente, a correção dos atos administrativos que conduziram às contratações de emergência, fazendo detalhada narrativa cronológica dos fatos, destacando incidentes do procedimento licitatório destinado à contratação dos serviços pretendidos (fls. 235/249).

O parecer da **AT-Jurídica** foi pelo conhecimento dos recursos, opinando, todavia, pela rejeição das preliminares de teor idêntico e pelo seu improvimento, porque a Origem transformou em regra o que deveria ser exceção (fls. 253/255 e 256/257).

Como não poderia deixar de ser, a **Procuradoria da Fazenda Municipal** opinou pelo conhecimento e provimento do apelo da Secretaria e da outra Recorrente, cujos fundamentos coincidem com os de seu recurso (fl. 261).

A **Secretaria-Diretoria Geral**, à derradeira, afastou, em princípio, as preliminares suscitadas, tendo em conta que as notas taquigráficas referidas pelo v. Acórdão continham a fundamentação que permitia sua impugnação pelos interessados, e , no mérito, lembrando a lição de DIÓGENES GASPARINI, sobre a descaracterização da emergência quando ela é fruto de omissão ou negligência administrativa, opinou pelo improvimento de todos os recursos, com a manutenção do v. Acórdão pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 262/265).

VOTO

Os recursos em exame atendem todos os pressupostos de admissibilidade, pelo que seu conhecimento é de rigor.

Rejeito, desde logo, a preliminar de nulidade, porque o v. Acórdão não contém o vício alegado pelos recorrentes.

Com efeito, o v. Acórdão guerreado proclamou a irregularidade do ajuste emergencial considerado, por inobservância aos princípios informativos básicos do procedimento licitatório, expressos no art. 3º da Lei Municipal nº 10.544/88 e da Lei Federal nº 8.666/93, com suas atualizações posteriores, sobrelevando o da legalidade.

Os fundamentos desse v. Julgado estão corporificados no voto condutor do nobre Conselheiro Substituto, DJALMA DONATO, designado para a relatoria, evidenciando a desídia, o descaso, a negligência da autoridade competente na realização do procedimento licitatório destinado à seleção do melhor contratante, para se evitar o uso reiterado e imoderado das regras de exceção ao artigo 2º da Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece a obrigatoriedade da licitação para todas as contratações da Administração Pública.

A letargia do responsável está concisa e objetivamente demonstrada naquele voto, que destaca a efetivação de dois contratos de emergência, ambos com prorrogação, no longo espaço de 330 dias, como se vê na Ata da Sessão de 06.12.2000.

Por conseguinte, não procede a assertiva das recorrentes de que o v. Acórdão não estava suficientemente motivado, pois já decidiu antigo Aresto do Superior Tribunal de Justiça, citado por NERY e NERY nos seus comentários ao art. 458 do Código de Processo Civil.

> **"Não é nula a sentença quando o juiz, embora sem grande desenvolvimento, deu as especificações dos fatos e a razão de seu convencimento, havendo decidido dentro dos limites em que as partes reclamaram, sem a eiva dos vícios de extra, ultra ou citra petita." (Ag. 35112-3, relator Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 06.04.1993, pág. 5.955).**

Aliás, são os mesmos Autores que, na análise do art. 459 do Diploma Adjetivo Civil, ensinam:

> **"Decisão concisa é a que tem fundamentação breve, da qual constem os elementos necessários para sua sustentação, expurgando-se dela aquilo que for supérfluo." (RT, 4ª. edição, 1999, pág. 906)**

Em suma, o v. Julgado não contém a mácula argüida pelos recorrentes, tanto é que eles não tiveram qualquer empecilho ou dificuldade para expor suas razões e argumentos, no tocante ao mérito da discussão.

Sob este prisma, as recorrentes sustentam que o v. Acórdão atacado contrariou a prova dos autos, que atesta a configuração da hipótese de emergência, situação reconhecida por todos os órgãos técnicos e pelo voto vencido pronunciado pelo então eminente Conselheiro Relator ANTONIO CARLOS CARUSO.

É inegável que a Lei Federal nº 8.666/93, atualizada pelas Leis nºs 8.883/94 e 9.648/98, prevê exceções à regra geral da obrigatoriedade da licitação (art. 2º), permitindo a contratação direta, mediante dispensa, nas hipóteses catalogadas em seu art. 24, que contempla os casos de "emergência" ou de "calamidade pública" (inciso IV).

Entretanto, a aplicação dessa norma de exceção deve atender, assinala MARÇAL JUSTEN FILHO, a dois requisitos básicos:

"**a) Demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano:** a urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência.

b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexiste cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano - ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano."

É ainda o mesmo autor que arremata:

> *"Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.' (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, Dialética, 2000, pág. 239/239v)*

Todavia, o preenchimento desses requisitos não ficou perfeitamente demonstrado no caso em exame, mas o descaso do agente público no planejamento e na agilização do procedimento licitatório, como ressaltou, com bastante propriedade, o voto vencedor do Nobre Conselheiro DJALMA DONATO.

Realmente, a lei não contempla situações de emergência criadas ou fabricadas, e muito menos aquelas fruto da desídia, do descaso, da negligência no planejamento, no preparo e no processamento do processo seletivo, como foi apurado na instrução deste TC.

Por isso, "in casu", não se pode deixar de reconhecer que a urgência na contratação operada foi fruto, unicamente, da falta de planejamento e de retardamento das providências por parte dos responsáveis pela Pasta contratante.

Aliás, a cronologia dos fatos, exposta pela recorrente, deixa entrever erros e desacertos na elaboração do edital de licitação, considerando que a abertura do invólucro n. 1 - Habilitação sofreu vários adiamentos, ante a necessidade de constantes revisões, acertos e correções, do instrumento convocatório (fls. 240/241).

Com essas observações e ponderações, NEGO PROVIMENTO a todos os recursos, em conhecimento do mérito, na esteira dos pareceres da AT-Jurídica e da Secretaria-Diretoria Geral, destacados no relatório preambular

É como voto.

TCM, 13 de março de 2002.

LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO
Conselheira Substituta

VOTO EM SEPARADO

Conheço dos recursos interpostos, afastando, desde logo, a preliminar argüida, na esteira das manifestações da Assessoria Técnica Jurídica e de SDG.

Passo a analisar o mérito dos apelos.

SITUAÇÃO EMERGENCIAL apta a dispensar um certame licitatório **é fato**, e, como tal, há de ser investigada na ocasião e nas circunstâncias em que ocorrida, dê ensejo a uma contratação que nela se fundamente.

Esta a lição de Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz:

> "A emergência será aquela aferível em cada caso concreto, no momento da contratação a ser efetivada" (obra "Dispensa de Licitação", pág. 43).

Não importa, pois, para sua aferição, o que tenha ocorrido no passado, porquanto, embora apurada uma conduta desidiosa do agente público, não implica em arredar a dispensa de licitação, sob pena de comprometimento do interesse público.

A propósito, ensina-nos Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em "Contratação Direta Sem Licitação", 4ª ed., pág. 242:

> "...se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo,... pouco importa que a mesma decorra de inércia do agente da administração ou não! Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes públicos: dispensa-se a licitação em qualquer caso".

Assim, são requisitos para a validade da contratação emergencial:

- situação emergencial;

- urgência de atendimento;

- risco; e

- contratação direta como meio adequado para afastar o risco.

Tais condições, entendo, foram implementadas neste caso, uma vez que, conforme sobejamente provado, a licitação que se desenrolava não conseguiu chegar a termo, em face das paralisações por ordem judicial.

Destarte, naquele momento e naquelas circunstâncias, não restou outro meio à Administração senão a de se socorrer da contratação emergencial.

Sendo assim, não se pode imputar ao Ordenador da Despesa a pecha de negligente, afastando-se, pois, os pressupostos de punibilidade.

Voto, destarte, pelo provimento dos apelos para o fim de acolher o Contrato 18/LIMPURB/99, declarando insubsistente a multa aplicada ao Ordenador da Despesa.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 26 de março de 2002.

MARIANA P.A.Q. BARBOSA
Conselheira Interina

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 7.317.99-44, ora em grau de recurso, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES - Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.020ª S.O., quando votou a Conselheira LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO - Relatora.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto da Relatora, em conhecer dos recursos sob exame, uma vez que atendem todos os pressupostos de admissibilidade, rejeitando a preliminar de nulidade, e, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO - Relatora, EURÍPEDES SALES - Revisor e EDSON SIMÕES, em negar-lhes provimento, mantendo o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencida, em parte, a Conselheira MARIANA P.A.Q. BARBOSA, que, nos termos do voto apresentado em separado, deu provimento aos apelos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES - Revisor, EDSON SIMÕES e MARIANA P.A.Q. BARBOSA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de março de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO
Relatora