Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

III – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/011095/2018
Contratante	-	Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (atual Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo – SP Regula)
Contratada	-	CDR Pedreira – Centro de Disposição de Resíduos Ltda.
Contrato Emergencial	-	23/Amlurb/2018 R$ 47.602.800,00
Objeto	-	Prestação de serviços de recebimento e disposição final dos resíduos classificados como Classe II – A pela ABNT NBR 10.004/2004, particularmente os provenientes dos serviços de limpeza de córregos, galerias, reservatórios de contenção de enchentes, limpeza e desobstrução de bueiros e bocas de lobo, resíduos provenientes de poda de árvores e roçagem, restos de móveis, colchões e outros, coletados e transportados pela Prefeitura ou mediante contrato por ela firmado e por transportadores desses resíduos cadastrados na SP Regula

3.230ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SP REGULA. Serviços de recebimento e disposição final dos resíduos classificados como Classe II-A pela ABNT NBR 10.004/04. 1. A dispensa de licitação por situação emergencial é possível, considerada a preservação e tutela dos interesses maiores, que são o atendimento à população e manutenção dos serviços essenciais. A interrupção da sua prestação causaria maior dano se comparada à ausência da contratação. REGULAR. RECOMENDAÇÃO. 1. Atentar as disposições do art. 24 da Lei 8.666/93, especialmente aos pressupostos necessários para a contratação com dispensa de licitação por emergência, atuando com o devido planejamento e atuação tempestiva na abertura dos certames, evitando-se a renovação de contratações de serviços que tenham prestação de natureza continuada, atuando com o devido zelo na gestão dos recursos públicos. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDUARDO TUMA, após vista que lhe fora concedida na 3.227ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e MAURÍCIO FARIA – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA, com voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito

de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar regular o Contrato Emergencial 23/Amlurb/2018, recomendando à Origem que atente com o imprescindível rigor às disposições do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, especialmente àquelas referentes aos pressupostos necessários para a contratação com dispensa de licitação por emergência, atuando com o devido planejamento e atuação tempestiva na abertura dos certames, evitando-se a renovação de contratações dessa espécie, notadamente para serviços que tenham prestação de natureza continuada, e atuando com o devido zelo na gestão dos recursos públicos.

Vencidos os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, com relatório e voto, e MAURÍCIO FARIA – Revisor, que julgaram irregular o ajuste, não se manifestando sobre os efeitos financeiros e patrimoniais por se tratar de análise formal, bem como exararam determinações.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Presente à sessão, sem direito a voto, a Conselheira Substituta DANIELA CORDEIRO DE FARIAS, uma vez que foi proferido anteriormente pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, na 3.227ª S.O.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de agosto de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente, com voto

EDUARDO TUMA – Conselheiro, com voto em separado, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

/cv

Item II) e-TCM nº 11.095/2018

Interessadas: Autoridade Municipal de Limpeza Urbana - LIMPURB e
CDR PEDREIRA - CENTRO DE DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS S.A.

Objeto: Análise do Contrato nº 23/AMLURB/2018, que tem por objeto a prestação de serviços de recebimento e disposição final de Resíduos Classificados como Classe II-A, pela ABNT NBR 10004/2004, celebrado com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666/93, no valor de R$ 42.602.800,00.

Responsáveis: Edson Tomaz de Lima Filho – Presidente; Evaldo Azevedo - Diretor de Gestão de Serviços.

Relator: **Conselheiro ROBERTO BRAGUIM**

RELATÓRIO

Trata-se de análise por mim determinada do Contrato nº 23/AMLURB/2018, firmado entre a Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB e a empresa CDR PEDREIRA - CENTRO DE DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS S.A., com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, no valor de R$ 42.602.800,00 (quarenta e dois milhões, seiscentos e dois mil e oitocentos reais), por até 180 (cento e oitenta) dias.

Referido ajuste foi firmado para prestação de serviços de recebimento e disposição final dos resíduos classificados como Classe II-A pela ABNT NBR 10.004/2004, provenientes dos serviços de limpeza de córregos, galerias, reservatórios de contenção de enchentes, limpeza e desobstrução de bueiros e bocas de lobo, resíduos provenientes de podas de árvores e roçagem, restos de móveis, colchões, e outros, coletados e transportados pela Prefeitura do Município de São Paulo, ou mediante Contrato por ela firmado, e por transportadores desses resíduos cadastrados pela Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB, tratado no Processo Administrativo SEI nº 8310.2018/0002178-7.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle elaborou o Relatório de peças 07 e 08, identificando as seguintes infringências:

- C.14.1 - Falta de justificativa do quantitativo de serviços contratados emergencialmente, em infringência ao disposto no art. 3º, inciso III da Lei nº 10.520/2002 c/c artigo 6º, inciso IX, alínea "f" e artigo 7º, §4º da Lei nº 8.666/1993;
- C.14.3 - A contratação emergencial em apreço decorrer de "emergência fabricada"

Concluiu, entretanto, que por se tratar de serviço essencial que não pode sofrer solução de

continuidade, estaria justificada a contratação, sem prejuízo de remessa de cópia integral dos autos ao Ministério Público, para apuração de prática de ato de improbidade administrativa, e de determinação ao órgão de controle interno (CGM) para que instaure procedimento de Tomada de Contas junto à AMLURB, com o intuito de identificar responsáveis, individualizar condutas e quantificar eventual dano ao Erário, nos termos dos artigos 79 e 80 do Regimento Interno deste Tribunal.

Provocada a manifestar-se, a AJCE posicionou-se no sentido de que, naquele momento, os autos ainda não se encontravam ambientados no terreno do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), propondo a oitiva da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana - AMLURB. Opinou, ainda, no tocante ao mérito, pela preservação do Contrato nº 23/AMLURB/2018, sem prejuízo de posterior análise do contraditório e da ampla defesa, especialmente no tocante ao apontado no item C.14.1**,** peça 11**.**

Oficiada, peça 14, a Contratada alegou, em síntese, que não pode ser a ela atribuída qualquer responsabilidade sobre eventual irregularidade na contratação. Ressaltou que, em relação ao quantitativo estimado, não se pode atribuir dano ao Erário visto que a

empresa será remunerada com base nos serviços efetivamente prestados e devidamente medidos, peça 20.

Igualmente oficiada, peças 16 e 18, a Autarquia esclareceu que os quantitativos propostos na contratação foram elaborados com base na média dos quantitativos de 2018, registrados no SISCOR - Sistema de Controle de Resíduos Sólidos Urbanos, ou seja 90.313 toneladas ao mês, acrescidos de 20% a título de margem de segurança, totalizando 105Mil toneladas, sendo que o pagamento é realizado mediante a pesagem dos quantitativos encaminhados ao Aterro Classe II-A, peça 27.

Asseverou que em suas manifestações não tentou atribuir ao Tribunal a responsabilidade pela necessidade de Contratação Direta emergencial, mas que o ato administrativo por ele exarado contribuiu para o lapso de tempo no processo licitatório.

Em relação ao apontamento C.14.3 informou que foi detectada a necessidade da contratação de acréscimo de unidade de Aterro Sanitário, considerando os impactos de mobilidade urbana e, dessa forma, a intensificação da limpeza no Município de São Paulo, objetivando aprimorar os serviços prestados pela Autarquia em atendimento ao Princípio de Saúde Pública Universal.

Complementou que, apesar da urgência da contratação, ao manter o valor pago no contrato anterior,

combateu a onerosidade excessiva, protegendo o Erário, pelo que não se justifica a acusação de emergência fabricada decorrente de dolo ou culpa, aduzindo que não houve má gestão dos recursos públicos.

Por fim salientou que, concomitante ao processo licitatório de Aterro Classe II-A, havia outros procedimentos em andamento que necessitavam do mesmo empenho e agilidade por tratarem, também, de serviços essenciais como os Serviços Indivisíveis e Classe II-B.

A SFC, peça 33, com base nos esclarecimentos prestados e, em especial, no disposto no item 6.3 do Contrato, que prevê que a "*remuneração será feita pelas quantidades de resíduos, objeto da contratação, efetivamente recebidos pela contratada, comprovadas mediante pesagens*", entendeu superado o apontamento C.14.1, embora considerando não razoável a fixação de margem de segurança no patamar de 20%.

Já em relação ao item C.14.3, apontou que o histórico da prestação do serviço ora em análise não deixa dúvida quanto à alegação de que a emergência que fundamentou a presente contratação foi fabricada.

Relatou que a última contratação regular foi assinada em 21.09.2012, com vigência inicial de 26 meses, registrando quatro prorrogações sucessivas, sendo a primeira em 23.11.2015 (por 12 meses), a segunda em

15.12.2016 (por 10 meses), a terceira 20.10.2017 (por 06 meses) e a última em 20.04.2018 (por 06 meses). Nessa senda apontou que, desde 2015, o Contrato foi prorrogado de forma irregular, em afronta ao artigo 57, II da LF nº 8.666/93.

Observou que o fato de a Autarquia informar a formação de grupo de trabalho para realização de estudos e elaboração do Termo de Referência, somente no início de 2017, já sob a vigência da segunda prorrogação irregular, apenas corrobora a afirmação de emergência fabricada.

Ademais, destacou que se somam às questões acima mencionadas, o fato do tempo decorrido entre a entrega da primeira versão do Termo de Referência (05.07.2017) e a publicação do Edital (28.09.2018), mais de 12 meses após, e a falta de prefixação de prazos e fluxos determinados no processo administrativo interno, necessária à realização do Certame em tempo suficiente e razoável, prevendo possíveis questionamentos e impugnações, naturais no caso de uma contratação de serviços no valor elevado de R$ 101milhões.

Todas essas ocorrências somadas resultaram em situação de emergência que, embora justifique a contratação excepcional, não exclui a necessidade de investigação da responsabilidade dos

agentes públicos envolvidos, pelo que se manteve o apontamento e reiterada a recomendação de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público.

Concluiu pela superação do item C.14.1 e pela manutenção do item C.14.3.

Em nova manifestação, peça 35, a AJCE destacou que na instrução ficou demonstrado o transcurso de considerável lapso tempo sem que a Autarquia tomasse as medidas necessárias a permitir a contratação por meio de licitação pública, principalmente, tendo em vista tratar-se de serviço de natureza contínua, situação essa evidenciada com a designação de sessão de abertura do Certame apenas 10 dias antes do vencimento da vigência do Contrato anterior, sem que as defesas apresentadas fornecessem argumentos aptos a justificar o ocorrido.

Concluiu que, no presente caso, ocorreu desídia no que tange ao início do procedimento licitatório, fato que culminou no surgimento de uma situação emergencial que poderia ter sido evitada.

Nesse âmbito, aquela Assessoria manteve o entendimento expresso nos termos do parecer exarado no TC 3.533/2016[1], entendendo caraterizada, no presente

[1] "a Auditoria reputou que houve infringência ao artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, tendo em vista que a persistência da situação emergencial foi acarretada pela inércia e ausência de planejamento da própria Administração.

caso, a situação emergencial descrita no artigo 24, IV, da

Entretanto, a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, apesar de ponderar se houve a falha da Administração, cuida de reconhecer a necessidade da contratação, embora advinda da falta de planejamento. Marçal Justen Filho afirma:

'Atualmente, prevalece a orientação de que a falha administrativa, que possa ter conduzido à situação de emergência, não legitima o sacrifício de direitos e interesses cuja satisfação dependa de uma contratação imediata. Deve ser realizada a contratação direta, com a punição dos responsáveis pela ausência da adoção tempestiva das providências pertinentes à licitação'.

O Egrégio Tribunal de Contas da União, por sua vez, revendo a questão dos pressupostos para a contratação emergencial, vem se posicionando no sentido de separar a necessidade da contratação da desídia da Administração:

'Nesse ponto, cabe lembrar o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse maior a ser tutelado pela Administração.

Inicio pela afirmativa de que a emergência não poderia ser alegada porque motivada por omissão 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.

A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem a que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram 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.

(...) essas contratações emergenciais seriam irregulares no entendimento deste Tribunal, Decisão 347/1994 – Plenário, segundo o qual seria aplicável a dispensa de licitação, in casu, desde que:

'(...) a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, de falta de planejamento, de desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação'.

(...) cumpre destacar a evolução jurisprudencial deste Tribunal acerca da matéria, mediante o Ac 46/2002-Plenário, no sentido de se atribuir o mesmo tratamento, quanto à aplicabilidade de contratação direta amparada no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, tanto à emergência 'real', resultante de fatos novos e imprevisíveis, quanto àquela resultante da incúria ou inércia administrativa. Não obstante, nesta segunda hipótese, deve-se analisar a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências para fins de responsabilização.

Assim, de acordo com o novo entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração."

A solução encontrada na doutrina e na jurisprudência, quanto à caracterização da emergência (real ou ficta), apresenta um posicionamento voltado para a proteção da população que, porventura, possa ser prejudicada pela desídia que permitiu ou causou a situação de risco.

Desta forma, em situações excepcionais como esta, em que a inércia do Administrador tenha causado ou agravado o risco, a contratação deve ser preservada, ainda que a sua justificativa não atenda plenamente aos requisitos da urgência, bastando, para tanto, a demonstração da situação emergencial.

No entanto, a preservação da contratação não isenta o agente público das suas responsabilidades pela gestão dos recursos públicos, inclusive em relação aos prejuízos que a contratação direta possa causar à Administração se comparada ao resultado de uma que decorra da regra geral de competição, o que justifica aplicação de penalidade ao responsável.

Por este motivo entendo necessário separar a ausência de planejamento (apurada pela Auditoria) da necessidade da contratação emergencial, haja vista a essencialidade da prestação de serviços (...)"

Lei Federal nº 8.666/93, restando devida, no entanto, a responsabilização dos agentes públicos envolvidos, opinando pela regularidade do Contrato examinado, sem prejuízo das determinações julgadas devidas.

Conhecido o teor do Relatório Conclusivo de SFC e da AJCE, por meio das peças 37 e 38, foram então apresentados pela Autarquia os documentos de peça 47, e os argumentos do responsável indicado Sr. Evaldo Azevedo, Diretor de Gestão de Serviços à época, peça 46.

Levados à AJCE, o Órgão Técnico apontou que a documentação acrescentada, de mesmo conteúdo (peças 46 e 47), descreveu a cronologia da contratação, evidenciando, mais uma vez, o exíguo prazo entre a Licitação e o encerramento do Contrato anterior, o que resultou na necessidade de Contratação Emergencial.

Pontuou que, apesar das etapas apresentadas nas defesas, verifica-se que a atuação da Administração se mostrou desidiosa e, como consequência, provocou a Dispensa de Licitação, reiterando, ainda por esse motivo, o seu posicionamento anterior pela regularidade da contratação, sem prejuízo das determinações julgadas devidas, notadamente quanto à apuração de responsabilidade dos agentes envolvidos.

A Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, peça 57, dirigiu sua manifestação no sentido de

que não houve desídia por parte da Administração, isso por que a insuficiência de recursos orçamentários, ocorrida em 2017, aliada à paralisação da Licitação determinada pelo Tribunal, demonstra que a Unidade não se omitiu na tentativa de licitar o objeto.

Acresceu que a prudência, a diligência e a boa fé da Autarquia foram traduzidas no fato de que o processo de licitação foi iniciado antes do vencimento do contrato anterior, portanto, não foi relapsa e, naquele momento, não havia outra alternativa senão empreender uma contratação por emergência.

Argumentou que a situação seria diferente caso a Autarquia tivesse se mantido inerte, isto é, tivesse deixado de dar início ao procedimento licitatório, o que não ocorreu, razão pela qual não houve desídia da Administração, apenas não se conseguiu solucionar os naturais percalços que usualmente surgem em Licitações, no reduzido tempo exigido pela urgência da contratação.

E ainda que – *ad argumentandum* – estivessem caracterizadas a desídia, a demora ou a incompetência da Autarquia, também não haveria razão para não se reconhecer a presença dos requisitos legais da contratação de emergência. O que se deve ter em mente é se a contratação pode ou não ser feita em momento posterior. Caso a resposta seja negativa, como aqui

remanesceu incontroverso, a lei justifica que seja dispensada a licitação e, em consequência, efetuada a contratação.

Concluiu no sentido de que restou cabalmente demonstrado que a Administração Municipal não agiu com desídia, requerendo seja o Ajuste julgado regular.

A Secretaria Geral, encerrando a instrução processual, peça 59, opinou pela regularidade do Contrato nº 23/AMLURB/2018, encampando, ao final, a proposta de SFC no sentido de fixação de Determinação de envio de cópia do processo ao Ministério Público e à Controladoria Geral do Município para as providências discriminadas por aquele Órgão Técnico.

É o Relatório.

VOTO

Trago a julgamento, a partir das análises efetivadas por minha Determinação, o Contrato nº 23/AMLURB/2018, firmado entre a Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB e a empresa CDR PEDREIRA - CENTRO DE DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS S.A., no valor de R$ 42.602.800,00 (quarenta e dois milhões, seiscentos e dois mil e oitocentos reais).

Referido ajuste tem por objeto a prestação de serviços de recebimento e disposição final dos resíduos classificados como Classe II-A pela ABNT NBR 10.004/2004, provenientes dos serviços de limpeza de córregos, galerias, reservatórios de contenção de enchentes, limpeza e desobstrução de bueiros e bocas de lobo, resíduos provenientes de podas de árvores e roçagem, restos de móveis, colchões, e outros, coletados e transportados pela Prefeitura do Município de São Paulo, ou mediante Contrato por ela firmado, e por transportadores desses resíduos cadastrados pela Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB, tratada no Processo Administrativo SEI nº 8310.2018/0002178-7.

A Contratação, por até 180 (cento e oitenta) dias, foi formalizada no processo SEI 011855987, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, e justificada em razão da Suspensão do Pregão Eletrônico nº 12/AMLURB/2018, determinada por este Tribunal via Ofício Gab-RB nº 4.076/2018, na tentativa de se atribuir a esta Corte a responsabilidade pela necessidade da Contratação Direta Emergencial.

Todavia, nesse âmbito, destaco desde logo que o Contrato até então vigente já se encontrava no prazo de prorrogação excepcional, tendo sido designada a Sessão de abertura do citado Pregão para o dia 11.10.2018, apenas

10 dias antes de seu vencimento, qual seja 21.10.2018, peça 6.

Nessa toada, ainda que não tivesse ocorrido a legítima atuação deste Tribunal para afastar os vícios do Edital referido, não teria havido tempo hábil para que a Autarquia formalizasse os procedimentos administrativos de assinatura do novo Contrato derivado de licitação antes da expiração do anterior.

Aliás, não é a primeira vez que a Administração utiliza desse artifício para justificar os seus deslizes no planejamento e na confecção dos Editais.

O controle preventivo exercido pelos Tribunais de Contas revela-se fundamental para garantir a lisura dos Certames e das Contratações Públicas e a Administração deve planejar suas ações com tempo razoável entre a abertura do Certame Licitatório e o vencimento da Contratação anterior, prevendo, por certo, possíveis questionamentos e impugnações.

No mais, as análises trazidas pelos Órgãos técnicos concluíram que, não obstante advinda da falta de planejamento da Administração, resultou caraterizada, no presente caso, a situação emergencial descrita no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, opinando pela regularidade do Contrato examinado, restando devida, no

entanto, a responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

Todavia, embora reconhecendo que a Contratação se revelou necessária, por concernente a serviços essenciais, que não poderiam sofrer solução de continuidade, não posso dar guarida à conduta desidiosa da Administração e acolher as manifestações dos Órgãos desta Casa, das quais discordo, no sentido de acolhimento do Ajuste.

Isto posto julgo irregular o Contrato nº 23/AMLURB/2018, firmado entre a Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB e a CDR Pedreira – Centro de Disposição de Resíduos S.A., por decorrer de emergência fabricada, não albergada no artigo 24, IV da Lei Federal nº 8.666/93.

Deixo de me manifestar nestes autos sobre os efeitos financeiros e patrimoniais por ele produzidos, tendo em vista tratar-se de análise formal.

Determino o encaminhamento de cópia integral dos autos à Controladoria Geral do Município – CGM, para que instaure procedimento administrativo objetivando identificar e individualizar as condutas dos agentes responsáveis pelo retardamento e pela ausência de planejamento das medidas necessárias para a abertura do Certame, a permitir a contratação do objeto em análise por

meio de licitação pública, e apure eventual prejuízo ao Erário.

Intimem-se as partes.

TCM, 03 de agosto de 2022.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Corregedor

ERR/RB

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 03/08/2022 15:38:05 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR (Juntado aos autos na 3.227ª S.O. – Certidão)

II – VOTO EM SEPARADO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA

TC/011095/2018 – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (atual Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo – SP Regula) e CDR Pedreira – Centro de Disposição de Resíduos Ltda. – Contrato Emergencial 23/Amlurb/2018 R$ 47.602.800,00 – Prestação de serviços de recebimento e disposição final dos resíduos classificados como Classe II-A pela ABNT NBR nº 10.004/2004, particularmente os provenientes dos serviços de limpeza de córregos, galerias, reservatórios de contenção de enchentes, limpeza e desobstrução de bueiros e bocas de lobo, resíduos provenientes de poda de árvores e roçagem, restos de móveis, colchões e outros, coletados e transportados pela Prefeitura ou mediante contrato por ela firmado e por transportadores desses resíduos cadastrados na SP Regula

Senhor Presidente,

Com fundamento nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto (excepcionalmente) como razões de decidir, **JULGO REGULAR O CONTRATO nº 23/2018,** ressaltando que, em casos específicos, **não há como se desprezar** a **necessidade** da contratação, de forma que, eventual falha administrativa, não **legitima o sacrifício de direitos e interesses maiores da coletividade** cuja **satisfação** dependa de uma contratação **imediata.**

Nesse sentido, existe orientação na doutrina e na jurisprudência de que, a despeito de ter se verificado falha da Administração, faz-se imprescindível reconhecer a **necessidade da contratação**, embora advinda da falta de planejamento.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho afirma:

> *"Atualmente, prevalece a orientação de que a falha administrativa, que possa ter conduzido à situação de emergência, não legitima o sacrifício de direitos e interesses cuja satisfação dependa de uma contratação imediata. Deve ser realizada a contratação direta, com a punição dos responsáveis pela ausência da adoção tempestiva das providências pertinentes à licitação".*

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, vem se posicionando, nesses casos, no sentido de separar a **necessidade** da contratação, em razão da natureza dos serviços em questão, da eventual desídia da Administração, a saber:

"Nesse ponto, cabe lembrar o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, ***de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse maior a ser tutelado pela Administração****. Inicio pela afirmativa de que a emergência não poderia ser alegada porque motivada por omissão própria (...).* ***Essa tese não pode mais prosperar. Na verdade, há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas. A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem a que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram 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.*** *(...) essas contratações emergenciais seriam irregulares no entendimento deste Tribunal, Decisão 347/1994 – Plenário (...)* ***cumpre destacar a evolução jurisprudencial deste Tribunal acerca da matéria****, mediante o Ac 46/2002-Plenário, no sentido* ***de se atribuir o mesmo tratamento, quanto à aplicabilidade de contratação direta amparada no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, tanto à emergência 'real', resultante de fatos novos e imprevisíveis, quanto àquela resultante da incúria ou inércia administrativa.*** *Não obstante, nesta segunda hipótese, deve-se analisar a* ***conduta do agente público*** *que não adotou tempestivamente as providências para fins de responsabilização.* ***Assim, de acordo com o atual entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração'****."*

O mesmo posicionamento foi reiterado no julgamento do Acórdão 1599/2011- Plenário, do qual destaca-se, os seguintes excertos:

"Contratação pública – Dispensa – Urgência – Caracterização – Irrelevância dos motivos ***– Potencial para causar prejuízo ou comprometer a segurança*** *(...) "a situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrava, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde* ***que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares" (...)*** *há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial*

> *propriamente dita, tratando-as como questões distintas". Diante disso, a contratação emergencial ocorreria "em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperava a imediata contratação". Assim, "na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização".*

Cite-se, ainda, os recentes Acórdãos nº 1.138/2011, Rel. Min. Ubiratan Aguiar e Acordão 2103/2015 do Plenário do TCU, no qual ressaltou-se:

> *"a contratação emergencial se caracterizou, sobretudo, pela necessidade **de não interrupção dos serviços** de publicidade de utilidade pública, os quais dizem respeito a uma área que está relacionada com a divulgação de serviços que tenham como objetivo informar, orientar, avisar, prevenir ou alertar segmento ou toda a população para adotar comportamentos que lhe tragam benefícios sociais, visando à melhoria em sua qualidade de vida".*

A solução encontrada na doutrina e na jurisprudência, quanto à caracterização da emergência (real ou ficta), é voltado para a **proteção da população** que, porventura, possa ser prejudicada pela desídia que permitiu ou causou a situação de risco.

Desta forma, **em situações excepcionais como esta**, em que o atraso na abertura do certame por parte do Administrador (**sem que se tenha comprovado culpa** ou **dolo)** tenha causado ou agravado o risco da contratação emergencial, esta **deve ser preservada, ainda que a sua justificativa não atenda plenamente aos requisitos da urgência, bastando, para tanto, a demonstração da situação emergencial.**

Vê-se, portanto, **em casos especiais como o presente**, que é possível a dispensa de licitação por situação emergencial, haja vista a necessidade de preservação e tutela dos interesses maiores, que são o atendimento à população e manutenção dos serviços essenciais, sendo que a interrupção da sua prestação (a exemplo do presente contrato que cuida de serviços de recebimento e disposição final dos resíduos provenientes dos serviços de limpeza de córregos, galerias, reservatórios de contenção de enchentes, limpeza e desobstrução de bueiros e bocas de lobo) certamente causaria maior dano se comparada à ausência da contratação.

Por conseguinte e coerência, deixo de expedir **determinação** (de encaminhamento dos autos à Controladoria Geral do Município, para as providências de apuração dos responsáveis pelo atraso e pela falta de planejamento para a abertura do certame, bem como de eventual prejuízo ao Erário) considerando não ter se comprovado, nos autos, **indícios ou prova de má-fé** por parte dos Agentes Responsáveis, nem tampouco comprovação de **prejuízo ao erário** ou de **inexecução do serviços contratados**, sendo certo que estes aspectos **não podem ser presumidos**, haja vista a prerrogativa de legitimidade e veracidade que gozam os agentes públicos no exercício de suas atribuições administrativas.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, citando-se, como exemplo, o julgamento do Recurso Especial 909446- RN, no qual se destacou: "A **má-fé,** consoante cediço, **é premissa** do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de

improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da administração pública coadjuvados pela **má-intenção** do administrador".

O TCU também possui entendimento pacificado no sentido de que: "para que alguém seja responsabilizado, na doutrina subjetiva, é preciso que esteja caracterizado que atuou com culpa, em seu sentido amplo (culpa estrito senso ou dolo). Segundo os doutrinadores pátrios, a responsabilidade civil subjetiva demanda a presença simultânea de quatro elementos, quais sejam ação ou omissão; dano; nexo causal e culpa "lato sensu". (Sérgio CAVALIERI FILHO. Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU, página 25).

Do Acórdão nº 249/2010 extrai-se que:

> *"(...) A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público* ***não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva****. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 50.* ***A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa****." (Acórdão nº 249/2010 - Plenário)*

Sem prejuízo de todo o exposto, determino a expedição de **recomendação** à Origem a fim de que atente com o **imprescindível rigor** às disposições do artigo 24 da Lei Federal 8666/93, especialmente àquelas referentes aos pressupostos necessários para a contratação com dispensa de licitação por emergência, atuando com o devido planejamento e atuação tempestiva na abertura dos certames, **evitando-se a renovação de contratações dessa espécie**, notadamente para serviços que tenham prestação de **natureza continuada,** atuando com o devido **zelo na gestão dos recursos públicos.**

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de agosto de 2022.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Vice-Presidente