TC nº 72-000.218.12-53

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SME. Serviços de preparo e distribuição de alimentação e instalações das cozinhas, lactários e despensas, com fornecimento de equipamentos, utensílios, mão de obra, material e manutenção. Previsão de pagamento sem a efetiva prestação de serviço. Discrepância entre a previsão e prática deverá ser objeto de análise do acompanhamento da execução contratual. Inexistência de discordância com as disposições legais da matéria. REGULARES. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 61, Lei 4.320/64. Port. Inters. 163/200–STN/SOF. Art. 18, § 1º, Lei Compl. 101/00. Art. 1º,§ 2º, Dec. Mun. 45.689/05 e art. 1º, § 1º, Dec. 5.504/05.

TC citado 72-003.225.11-44

2.860ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 26/01/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, no exercício da Presidência, à época, após determinação de Sua Excelência, na 2.829ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, votado na 2.752ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, no exercício da Presidência, à época, 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 regulares o Pregão Presencial 12/SME/DME/2011, o Contrato 66/SME/DME/2011 e o respectivo termo aditivo.

Vencidos os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, com relatório e voto, e MAURÍCIO FARIA que, não acolheram o pregão presencial e os ajustes dele originados, exararam determinações à Secretaria Municipal de

Educação, bem como aplicaram multa aos Senhores Alexandre Alves Schneider e Rodrigo Ribeiro de Sousa.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de março de 2016.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência,
à época, com voto

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

O TC focaliza o Pregão Presencial 12/SME/DME/2011, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de preparo e distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas aos alunos regularmente matriculados na rede municipal de ensino, e os Ajustes dele decorrentes, Contrato 66/SME/DME/2011 e Termo Aditivo 01, ampliando o objeto contratual e consequentemente o valor mensal inicial para R$ 1.172.262,00 (um milhão, cento e setenta e dois mil, duzentos e sessenta e dois reais).

Na sua análise, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade sob o aspecto contábil/orçamentário e legislação, devido aos vícios apontados no respectivo relatório, a seguir resumidos:

A – Do Pregão Presencial 12/SME/DME/11

- ausência de justificativa para a determinação da quantidade de postos de serviços por Unidade Escolar;
- violação ao princípio da economicidade;
- ausência de planilha de composição de custos;
- contabilização inadequada da despesa;
- impropriedade do Pregão Presencial;

- falta da publicação do despacho que autorizou a Licitação;
- inobservância do princípio da segregação de funções;
- previsão de pagamento sem comprovação da prestação efetiva do serviço;
- exorbitância da exigência de patrimônio líquido ou capital mínimo;
- aceitação de atestados de capacidade técnica baseados em quantitativos de refeições.

B – Do Contrato 66/SME/DME/2011

- mesmas irregularidades apontadas na análise do Pregão;
- insuficiência de recursos orçamentários para cobrir as despesas do exercício de 2011 à época da lavratura do Ajuste;
- atraso na publicação do extrato;

C – Do Termo Aditivo 01

- insuficiência de recursos orçamentários empenhados;
- inadequação da classificação programática.

Tais irregularidades estão detalhadas nos relatórios insertos às fls. 968/994 e transcritos no parecer da Secretaria Geral, aos quais me reporto para evitar repetição cansativa, registrando, todavia, a recomendação, à Secretaria para providenciar o apostilamento do Aditamento, a fim de corrigir o valor anual e para revisar o valor da caução por extrapolar o exigido no Edital.

A Secretaria Municipal de Educação, em resposta ao ofício deste Tribunal, encaminhou as informações e explicações do Departamento de Merenda Escolar e de sua Assessoria Jurídica, justificando seus procedimentos (fls. 1009/1038).

Na apreciação dessas manifestações, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterou suas conclusões, à exceção do apontamento à exigência de patrimônio líquido ou capital social mínimo e da exacerbação do valor da caução, em face do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, contornando essas irregularidades (fls. 1040/1045).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, no parecer exarado às fls. 1047/1055, referendado pela Subchefia, acompanhou as conclusões da Auditoria, com ressalva dos apontamentos superados, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal destacou os pontos da defesa, afastando as irregularidades assinaladas por SFC, e requerendo o reconhecimento dos efeitos econômicos dos atos praticados diante da ausência de registro de má-fé e de prejuízos ao Erário (fls. 1056/1066).

Finalmente, a Secretaria Geral, invocando ensinamentos doutrinários, perfilhou os entendimentos da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando, em consequência, pelo não acolhimento dos atos "sub examine", sem prejuízo de eventuais recomendações (fls. 1067/1076 e 1077).

É o relatório.

VOTO

Desde logo, considero superadas as irregularidades assinaladas pela Auditoria no seu relatório inicial, concernentes à comprovação da qualificação econômico-financeira; à publicação do Despacho autorizador do Pregão; aplicação da Portaria Interministerial 163/2001 – STN/SOF[1] e artigo 18, § 1º, da Lei Complementar 101/00,[2] e à confusão de atuação de pregoeiro e assessor jurídico, em face dos esclarecimentos da Secretaria e ponderações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que analisou esses temas à luz das normas aplicáveis (fls. 1047/1054 e 1055).

De outra face, considero razoáveis as justificativas da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Educação – SME e da gestão de terceirizadas, pertinentes aos quantitativos de postos de serviço por unidade escolar, pesquisa de preços, classificação programática e contabilização da despesa, irregularidades essas que, embora assinaladas no relatório vestibular, não foram "permissa vênia", convincentemente rebatidas ou esclarecidas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, na avaliação final de fls. 1040/1045.

Todavia, sob outro ângulo, entendo caracterizada a infringência aos artigos 1º, § 2º, do Decreto Municipal 45.689/05[3] e 1º, § 1º, do Decreto Federal 5.504/05[4], que obriga a utilização do Pregão Eletrônico

---

[1] Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001 - Dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e dá outras providências.

[2] Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 - Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º - Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

[3] Decreto Municipal nº 45.689, de 1º de janeiro de 2005 - Art. 1º. Os contratos celebrados pelo Município de São Paulo para aquisição de bens e serviços comuns, a partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação deste decreto, serão precedidos, obrigatoriamente, por licitação pública, na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente. (...) § 2º - A obrigatoriedade prevista no "caput" deste artigo será alterada para "pregão eletrônico", a partir de um ano da data de publicação deste decreto.

[4] Decreto Federal nº 5.504, de 5 de agosto de 2005 - Art. 1º - Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o

preferentemente ao Pregão Presencial, ponto sobre o qual as explicações da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Educação – SME não foram suficientes para arredar a irregularidade suscitada pela Auditoria, com o aval da Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral.

É certo que o parágrafo do artigo comentado do Édito Municipal permite, ao Secretário da Pasta, autorizar a licitação por outra modalidade que não o processo virtual. Porém, essa permissão deve ser dada precedentemente à instauração do Certame, e não após sua realização, como sustenta a Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Educação – SME, na defesa apresentada (fls. 1016/1017).

É possível que as especificidades do Contrato pretendido não aconselhem a utilização do Pregão Eletrônico, isso, porém, deve ficar perfeitamente esclarecido antes da opção pelo Pregão Presencial, como ocorreu no presente caso. Nesse âmbito, a Prefeitura, como outras entidades públicas, tem descurado no preparo e treinamento de seus agentes para se familiarizarem com o emprego do processo eletrônico, que, sem dúvida, representa um grande avanço em relação ao processo físico.

Contudo, essas deficiências, sobretudo nos setores públicos, não podem deixar de ser sopesadas, como no caso concreto, em que o Pregão Presencial atingiu seu desiderato, selecionando o melhor contratante, em feito onde foram respeitados o princípio competitivo e a igualdade entre os participantes. Por força dessa concepção, relevo a irregularidade concernente à não utilização do Pregão Eletrônico, sem deixar, entretanto, de determinar à Pasta a observância da legislação em vigor.

Outro ponto que me parece sumamente relevante, na análise deste procedimento, é a previsão de pagamento integral do preço sem comprovação da prestação efetiva do serviço. Verifica-se das informações da Auditoria, substancial redução dos serviços nos períodos de férias e recesso escolar (dezembro/2011 e janeiro/2012), à exceção das refeições servidas no Programa "Recreio nas Férias" e nas unidades que são polo de creche.

Realmente, de acordo com os levantamentos efetuados pela Área Técnica constatou-se que os serviços foram apenas parciais naqueles períodos, sem que houvesse qualquer proporcionalização dos pagamentos à sua efetiva realização. A esse propósito, reporto-me as considerações do item 13.12.1 do relatório de fls. 968/983, ratificadas na intervenção de fls. 1040/1045.

Ora, o artigo 63, § 2º, da Lei Federal 4.320/64[5], diz que a liquidação da despesa tem por base, entre outros, "os comprovantes da entrega do material ou da prestação do serviço" (inciso III).

---

estabelecido na legislação federal pertinente. § 1º - Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

No caso, como já ressaltado, segundo a Auditoria, a Secretaria efetuou pagamentos integrais nos meses de dezembro/11 e janeiro/12 sem comprovação da totalidade da prestação efetiva dos serviços nos intervalos de férias e de recesso escolar, excetuadas as hipóteses de funcionamento do "Programa Recreio nas Férias" e polos de creche.

Diante de tal fato, não se pode deixar de reconhecer a violação ao preceito aqui comentado, ponto sobre o qual a Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Educação – SME não deu explicações razoáveis, a não ser este comentário textual: "Assim, o critério de pagamento previsto no edital guarda estrita relação com a forma como os custos envolvidos no contrato serão distribuídos mensalmente. Se o período de férias ou recesso escolar não for remunerado, a contratada certamente embutirá os custos por manter os funcionários disponíveis no restante dos meses em que há integral prestação do serviço. Se, de outro lado, como no presente caso, há o pagamento integral mesmo no período de férias e recesso escolar, o custo diminui, e ainda, tem-se maior clareza do valor efetivo do posto de trabalho". É a admissão implícita, "concessa venia", de pagamento integral do preço também nos períodos de férias e recesso escolar, a despeito da diminuição da distribuição de merenda naqueles interstícios.

Trata-se, na minha ótica, de grave irregularidade, que importou em ofensa ao princípio da economicidade, o qual está entrelaçado com os princípios da eficiência e moralidade, como revela Marçal Justen Filho, nos seus comentários ao artigo 3º da Lei Federal 8.666/93:

> *"A Administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade. Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador público não pode superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse público."*
>
> É ainda o mesmo autor que complementa:
>
> *"Mas economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a*

---

[5] Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964 – Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. (...) § 2º - A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão de obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios – também avaliáveis em diversos âmbitos". (Dialética, 2000, págs. 72/73).

De resto, a assertiva de que (sic) "a forma de pagamento fixada pela Administração gera maior segurança à contratada, que não computará no custo de prestação do serviço eventuais contingências da execução, que, via de regra, tendem a elevar o preço ofertado" (fls. 1020), e mera suposição ou hipótese de que o licitante elevaria o valor de sua proposta para se garantir sobre aquelas "eventuais contingências da execução".

No serviço público não é admissível que o particular contratante embuta no preço ofertado à Administração períodos em que não há efetiva entrega da merenda como nos casos focalizados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Enfim, os critérios e condições de pagamento previstos no Edital não condizem com as normas do Diploma retromencionado, como não atende aos princípios da economicidade, moralidade e eficiência da Administração Pública, ilação essa que é reforçada pela ausência de planilha de composição de custos, consoante a revelação do relatório da Auditoria (fls. 977v/978, item 13.6).

Essas ilegalidades comprometeram, induvidosamente, a higidez do Contrato 66/SME/DME/2011 e seu respectivo Aditivo 1, pelo princípio da acessoriedade, destacado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, nos pareceres emitidos, aos quais me reporto como partes integrantes deste pronunciamento.

Além disso, a Auditoria observou, na sua análise, insuficiência de recursos orçamentários à época da lavratura dos Ajustes, ano de 2011, desrespeitando o disposto no artigo 61 da Lei Federal 4.320/1964[6].

Diante do exposto e do que mais consta dos autos NÃO ACOLHO o Pregão Presencial 12/SME/DME/2011 e os Ajustes dele originados, determinando à Secretaria Municipal de Educação rigorosa apuração dos pagamentos efetuados à Contratada sem comprovação da efetiva prestação dos serviços no período de férias e recesso escolar (dezembro/2011 e janeiro/2012), informando, oportunamente, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, as providências adotadas.

Pelas irregularidades constatadas, aplico aos Srs. Alexandre Alves Schneider e Rodrigo Ribeiro de Sousa, com fundamento no artigo

---

[6] Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964 - Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

52, II, da Lei Municipal 9.167/80[7], e no artigo 86, II, do Regimento Interno[8], a multa de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos). É como voto. (2.829ª S.O.)

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Cuida o presente de análise do Pregão Presencial 12/SME/DME/2011; do Contrato 66/SME/DME/2011 e do Termo Aditivo 01, firmados entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e ERJ Administração e Restaurantes de Empresas Ltda., para prestação de serviços de preparo e distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, aos alunos regularmente matriculados na rede municipal de ensino, no valor total de R$ 13.998.835,00 (treze milhões, novecentos e noventa e oito mil, oitocentos e trinta e cinco reais).

A SFC concluiu pela irregularidade sob o aspecto contábil/orçamentário e legislação, devido aos vícios apontados no respectivo relatório de folhas.

Considero superados diversos apontamentos delineados por AUD tanto por convencimento das explicações trazidas aos autos pela Origem quanto por serem predominantemente formais, superando irregularidades tais como as concernentes à comprovação da qualificação econômico-financeira; à publicação do despacho autorizador do Pregão; pesquisa de preços; classificação programática e contabilização da despesa; e, notadamente às justificativas de postos de serviço por unidade escolar presentes nos documentos juntados às fls. 947 e seguintes.

Face ao apontamento relacionado à obrigação da utilização do Pregão Eletrônico preferencialmente ao Pregão Presencial, entendo que a legislação autoriza à Administração a discricionariedade diante das especificidades da contratação pretendida para autorizar outra modalidade que não o processo virtual, como ocorrido no caso em tela.

Ressalto o amplo objeto licitado que vai desde o fornecimento de mão de obra treinada para a execução de todas as atividades de recebimento, armazenamento, higienização, pré-preparo, preparo e distribuição de alimentação; supervisão das atividades relacionadas; fornecimento dos insumos, utensílios, equipamentos e mobiliários das cozinhas, lactários e despensas; até a execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva nas áreas de hidráulica, elétrica e alvenaria com fornecimento de mão de obra e material das instalações utilizadas.

---

[7] Art. 52. As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: (...) II - Multa.

[8] Art. 86. As infrações à Lei nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980 e ao presente Regimento, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: (...) II - multa.

Ademais, o Pregão Presencial atingiu seu desiderato em feito que foi respeitado o princípio da competitividade e a igualdade entre os participantes.

Em relação ao ponto referente à previsão de pagamento sem a efetiva prestação de serviço exarado no relatório de AUD, entendo equivocado visto que os autos em questão tratam da Análise do certame e do respectivo termo contratual com seu aditivo e visualizo a presença das cláusulas consistentes aos temas.

Tanto o Edital do Pregão Presencial (fls. 211) quanto o Contrato (fls. 595) apresentam item sobre as condições de pagamento estabelecendo que este será efetuado em conformidade com as medições mensais e de acordo com o número de postos de serviços disponibilizados e efetivamente ocupados.

Nesse sentido, não vislumbro irregularidade nos termos elencados, tampouco discordância com as disposições legais da matéria e qualquer discrepância entre a previsão e prática deverá ser objeto de análise em sede de acompanhamento da execução contratual, já instaurado nos autos do TC 72-003.225.11-44 de relatoria do Nobre Conselheiro Roberto Braguim.

Por todo o exposto, JULGO REGULARES o Edital do Pregão Presencial 12/SME/DME/2011, o Contrato 66/SME/DME/2011 e o respectivo Termo Aditivo, firmados entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e ERJ Administração e Restaurantes de Empresas Ltda.

Este é o meu voto, Senhor Presidente. (2.829ª S.O.)

Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Vice-Presidente Edson Simões, no exercício da Presidência, à época

Cuidam os autos do TC 72-000.218.12-53 do Pregão 12/2011 e Contrato 66/2011 e o respectivo 01, celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação e Administração e Restaurantes de Empresas Ltda., tendo por objeto o preparo e distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias, aos alunos regularmente matriculados na rede municipal de ensino, no valor de R$ 13.988.835,00.

Na sessão 2.752 o Conselheiro Relator Presidente Roberto Braguim julgou irregulares o Pregão e o Contrato, aplicando multa aos Responsáveis e determinando à Secretaria Municipal de Educação promovesse apuração rigorosa dos pagamentos efetuados e a efetiva prestação dos serviços nos períodos de férias e recesso escolar (dezembro de 2011 e janeiro de 2012) informando a esta Tribunal das providências adotadas no prazo máximo de 90 dias.

Na sessão 2.829 o Conselheiro Revisor João Antônio julgou regulares o pregão, o contrato e o termo aditivo, sendo acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Domingos Dissei. O Conselheiro Maurício Faria acompanhou o Relator e julgou irregulares todos os instrumentos sob análise. Todavia, registrou que a análise dos efeitos financeiros seria feita quando do julgamento do TC 72-003.225.11-44 que cuida da execução do contrato.

Registrado empate, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

Acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros João Antonio e Domingos Dissei, restando assim, por maioria de votos, julgados regulares o pregão, o contrato e o respectivo termo aditivo, pelas razões expostas em seus votos.