TC nº 72-000.456.01-89

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SVMA. Serviços de conservação e limpeza de Parques. Substituição de vale-refeição por cestas básicas. ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

2.441ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 20/10/2009

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.418ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, à época, e ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e MAURÍCIO FARIA, em acolher a execução do Contrato 004/SVMA/DEPAVE/1998, por ausência de danos ao Erário e de dolo ou má-fé dos agentes, com relevação das impropriedades constatadas.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES, que, consoante voto apresentado em separado, julgou irregular a execução contratual e, pelas irregularidades verificadas, aplicou a multa no valor de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais) a cada um dos agentes públicos responsáveis, nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente – SVMA, sob pena de aplicação das penalidades cabíveis, inclusive de responsabilidade funcional, que aja com rigor na fiscalização dos ajustes por ela lavrados, efetuando de imediato os descontos previstos e impondo multa contratual à contratada sempre que ocorrerem falhas na execução, independentemente de determinação desta Corte.

Vencido, neste particular, o Conselheiro Edson Simões, que não exarou a determinação supracitada.

ACORDAM, ademais, por maioria, consoante proposta do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, bem como pelo voto do Conselheiro EDSON SIMÕES, votando o Conselheiro Vice-Presidente, no exercício

da Presidência, EURÍPEDES SALES, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, letra "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, letra "a", do Regimento Interno desta Corte, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte que proceda à apuração de eventual prejuízo a ser ressarcido aos cofres municipais, no que diz respeito à diferença entre a substituição do vale-refeição por cestas básicas, conforme os Órgãos Técnicos deste Tribunal apontaram, em respeito à própria legislação.

Vencidos, neste tópico, os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e MAURÍCIO FARIA, que não acompanharam a referida determinação. Acordam, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e MAURÍCIO FARIA, em relevar a impropriedade referente ao número de funcionários em atividade ser inferior ao previsto na planilha de custos. Vencido, neste particular, o Conselheiro EDSON SIMÕES, que sugeriu à Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal que apurasse eventual prejuízo decorrente dessa impropriedade.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, EDSON SIMÕES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de agosto de 2009.

EURÍPEDES SALES
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de análise da execução contratual, determinada pelo V. Acórdão prolatado no TC nº 72-003.703.98-95, relativo ao Contrato nº 004/SVMA/DEPAVE/98, firmado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e Demax Serviços e Comércio Limitada, tendo por objeto os serviços de limpeza e conservação dos Parques Anhanguera, Jardim Felicidade, Rodrigo de Gasperi, São Domingos e Vila dos Remédios.

A auditoria opinou pela irregularidade da execução, pelas seguintes razões:

a) substituição do fornecimento de vale-refeição por mais uma cesta básica, com vantagem econômica para a contratada;

b) controle insuficiente e inadequado dos serviços;

c) preenchimento inadequado das planilhas de serviços realizados pelos Administradores de Parques;

d) não-aplicação de descontos relativos a descumprimento, pela contratada, de instruções da fiscalização;

e) número de funcionários inferior ao constante da planilha de custos que norteou a contratação;

f) não alocação de funcionários especializados em número suficiente para atender às exigências do contrato, irregularidade passível de multa;

g) empenho insuficiente para cobertura dos serviços no exercício de 2000.

A Secretaria do Verde e do Meio Ambiente manifestou-se em relação aos itens questionados, na seguinte conformidade:

a) a substituição do vale-refeição por outra cesta básica decorreu de Convenção Coletiva de Trabalho, sem que isso representasse vantagem econômica para a contratada, uma vez que os preços são fixados considerando-se os diversos insumos que os compõem;

b) as normas e regras que integram o instrumento de controle gerencial, colocado à disposição da fiscalização, objetiva garantir a qualidade dos serviços prestados, cabendo poder decisório ao agente de fiscalização, que decide pela aplicação ou não dos descontos, após análise das justificativas da contratada;

c) os serviços são medidos e pagos em função da área de corte executada em cada período e calculada em hectares, cabendo à fiscalização elaborar o levantamento técnico;

d) compete à fiscalização, diante da gravidade ou não de eventuais falhas ou atrasos, avaliar a conveniência e o cabimento da aplicação ou não de penalidade;

e) a contratação baseia-se no critério de execução de serviços por custo unitário;

f) a irregularidade relativa à não-alocação de funcionários especializados realmente ocorreu, mas está sendo providenciado o desconto respectivo, a ser efetuado nas próximas medições;

g) os recursos empenhados foram suficientes para cobertura das despesas de 2000.

O órgão auditor considerou superadas algumas falhas, propondo manifestação das Assessorias de Economia e Jurídica.

A primeira reafirmou que a substituição do vale-refeição por cesta básica deveria ter acarretado a revisão da remuneração da contratada, o que não ocorreu, de tal sorte que os valores recebidos pela empresa deixaram de corresponder aos insumos utilizados, gerando o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

A segunda reafirmou que sempre que houver, por qualquer fator, alteração da estimativa de custos, deve ser feita a revisão contratual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento da execução.

A Secretaria Geral, entretanto, considerou irregular a execução, propondo que a Secretaria adotasse providências para o ressarcimento das quantias pagas a maior – decorrentes da vantagem pecuniária obtida pela contratada – e para a apenação dos responsáveis.

Em nova intervenção, a Secretaria apresentou justificativas que não alteraram o posicionamento expresso pelos órgãos técnicos, pela irregularidade da execução.

De outro lado, a Pasta juntou comprovante de despacho que determinou a aplicação de multa à contratada, relativa à irregularidade mencionada na letra "f", sanando, assim, esta impropriedade.

Sobrevieram aos autos novas manifestações da Contratante, pugnando pela regularidade dos procedimentos, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, estas apontando que a Pasta adotou soluções adequadas para eliminar as impropriedades mencionadas nas letras "d" e "f", permanecendo, entretanto, as demais.

Aquela Assessoria ponderou, porém, quanto à letra "e" – número de funcionários inferior ao constante da planilha de custos – que tal fato deve ser analisado com cuidado, uma vez que, se a alteração não influiu na qualidade e no prazo de execução do serviço, a revisão deveria ser para menos.

Ambas, porém, acompanhadas pela Secretaria Geral, manifestaram-se pela irregularidade da execução, sendo que a PFM propôs o seu acolhimento.

Em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição da República[1], foram intimados os responsáveis pelas falhas enunciadas, a Senhora Stela Goldenstein, ex-Secretária da Pasta, o Senhor Caio Boucinhas, então Diretor do Departamento de Parques e Áreas Verdes – DEPAVE e os Senhores Tércio Ruiz Ruggieri e Silvia Helena Arruda de Menezes, fiscais dos Contratos dos Parques Anhangüera e São Domingos, respectivamente.

As defesas apresentadas, segundo a Coordenadoria V, não alinhavaram argumentos novos que pudessem alterar as conclusões dos órgãos técnicos, no sentido da permanência das irregularidades constatadas anteriormente.

Na mesma direção foi a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou posicionamento precedente, pugnando pelo acolhimento da execução. Em remate, encerrando a instrução processual, pronunciou-se a Secretaria Geral, ratificando manifestação anterior, pela irregularidade da execução, em face das infringências constatadas.

É o relatório (2.361ª S.O.).

VOTO

Os diversos relatórios elaborados pelos órgãos técnicos deste Tribunal evidenciaram a existência de irregularidades na execução do Contrato para prestação de serviços de limpeza e conservação dos Parques neles arrolados.

Importante ressaltar que as falhas sanadas pela Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, relativas à não alocação de funcionários especializados e aos descontos não efetuados, embora a destempo, elidiram as irregularidades.

Entretanto, restaram sem solução as seguintes impropriedades, constatadas durante o exame da execução contratual:

1) substituição do vale-refeição por cesta básica, acarretando vantagem à contratada e, por conseqüência, segundo a auditoria, causando o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste;

2) deficiência na utilização do Diário de Ocorrências;

---

[1] Art.5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

3) falhas no preenchimento das planilhas de serviços realizados;

4) número de funcionários em atividade inferior ao previsto na planilha de custos;

5) empenhos insuficientes para cobertura das despesas realizadas no exercício de 2000.

Destas impropriedades, as mencionadas nos itens 2 a 5 são passíveis de relevação, em face das justificativas da Pasta e dos responsáveis pelo ajuste e sua execução, que entendo pertinentes.

No que tange às deficiências atinentes ao Diário de ocorrências, e ao preenchimento das planilhas, inclino-me a acolher as justificativas da Origem, no sentido de que alguns serviços independem de aprazamento específico, podendo ser realizados a qualquer momento, sem que isso interfira no bom andamento dos trabalhos, e, quanto às planilhas, as falhas apontadas não levam necessariamente, a meu ver, à rejeição do ajuste, em razão de seu caráter meramente formal.

Relativamente ao número de funcionários – considerado inferior ao previsto na planilha de custos – para determinados serviços, anoto que, consoante esclareceu a Secretaria, o critério adotado para pagamento desses serviços foi o da execução por custo unitário, previamente ajustado entre as partes contratantes após regular procedimento licitatório, que considerou, em cada caso, para sua composição, a estimativa dos gastos com pagamento da mão-de-obra necessária e com materiais e equipamentos.

Dessa forma, independentemente do número de homens alocados para a sua execução, os pagamentos dos serviços mencionados – limpeza externa e conservação de áreas ajardinadas e zeladoria de sanitários – foram efetuados por dias corridos de regular execução desses serviços, sejam eles rotineiros (prestados por equipe fixa), sejam eles não rotineiros (prestados por equipe volante), incluídos no preço tanto uns como outros.

No que concerne aos empenhos insuficientes para a cobertura das despesas do exercício – 2000 – é sabido, e já foi por inúmeras vezes mencionada neste Tribunal, que a grave situação financeira que o Município atravessava gerou uma política de contingenciamento de recursos que afetou praticamente todos os setores da Administração, sem que tal fato decorresse da atuação dos Ordenadores de Despesa, aos quais não se pode imputar responsabilidade pelo ocorrido.

As falhas até agora mencionadas podem, então, ser relevadas, restando analisar tão só a mencionada no item 1, consistente na substituição do vale-refeição por cesta básica, sem que o Contrato fosse revisto, pois, segundo a auditoria, houve vantagem para a contratada, sem contrapartida para a contratante.

Sob este ângulo, embora não considere adequada a atitude da Pasta – que deveria ter revisto o contrato, apurando se realmente a contratada obteve vantagem capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste -, não vislumbrei indícios de dolo ou má-fé dos agentes e nem de prejuízos ao erário, além de entender razoáveis as explicações da Secretaria.

É que, para afirmar-se que o referido equilíbrio foi, de fato, rompido, não basta levar em conta a variação de um ou outro insumo, isoladamente, mas deve ser analisada a variação média de todos os insumos que compõem os preços pactuados.

No caso, a substituição do vale-refeição por outra cesta básica – acertada na Convenção Coletiva – foi indicada, por si só, como fator de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, sem análise dos demais insumos componentes dos preços.

Ademais, consoante atestou a então Divisão Técnica III, em inspeção física dos parques, as áreas externas foram encontradas em boas condições de limpeza.

Em resumo, os argumentos desenvolvidos pela Secretaria e pelos responsáveis pelo ajuste, apesar de não me convencerem de que a conduta adotada foi a mais adequada à espécie, levam-me a acolher a execução contratual, em face de ausência de danos ao erário e de dolo ou má-fé dos agentes.

Determino, porém, à Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, que, sob pena de aplicação das penalidades cabíveis, inclusive de responsabilidade funcional, aja com rigor na fiscalização dos ajustes por ela lavrados, efetuando de imediato os descontos previstos e impondo multa contratual à contratada sempre que ocorrerem falhas na execução, independentemente de determinação desta Corte nesse sentido (2.418ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Após a análise das justificativas da Origem e das defesas apresentadas pelos agentes públicos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral mantiveram o entendimento quanto à irregularidade na execução do Contrato nº 04/98, celebrado pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, em razão dos seguintes motivos:

1 – a substituição do vale-refeição pela cesta básica acarretou diferença de R$ 36.031,48 (trinta e seis mil trinta e um reais e quarenta e oito centavos) no custo dos serviços, gerando vantagem para a Contratada sem contrapartida para a Administração.

2 – Deficiência na utilização do Diário de Ocorrências.

3 – Falhas no preenchimento das planilhas de serviços realizados.

4 - Funcionários em atividade nos parques inspecionados foram em número inferior ao previsto na planilha de custos. e

5 – Insuficiência dos empenhos em relação às despesas realizadas em 2000.

Estabelece o artigo 66 da Lei Federal nº 8.666/93, que 'o contrato deve ser executado, fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial'.

Este dispositivo legal consagra o princípio da obrigatoriedade das convenções, conforme pontifica Marçal Justen Filho (1), segundo o qual cada parte tem o dever de cumprir as prestações que lhe incumbem na forma, tempo e local previstos contratualmente.

Após a celebração do contrato, a Contratada alterou itens ajustados que compuseram a planilha de custos, mencionando-se, primeiramente, a substituição de auxílio refeição, mediante vale, por cesta básica, implicando diminuição do custo, sem que houvesse revisão do valor contratual nesse aspecto.

Da mesma forma, houve expressiva redução da mão de obra empregada, de 49,9% (quarenta e nove vírgula nove por cento) no Parque São Domingos e de 54,3% (cinquenta e quatro, vírgula três por cento) no Parque Anhanguera, igualmente sem qualquer revisão dos valores contratados, alegando a Origem que o critério de pagamento foi o de preço unitário, independentemente do número de funcionários.

Entretanto, o contrato demonstra que os custos unitários consideraram mão de obra, encargos sociais e trabalhistas, consoante disposto na cláusula 4.1.1, assim redigida:

> 'Cláusula 4.1.1 – Os custos unitários constantes da referida planilha contemplam todos os gastos com material, mão de obra, encargos sociais e trabalhistas e demais despesas diretas, não incluindo apenas a parcela relativa ao BDI e remunerarão toda e qualquer despesa direta, necessária à execução do objeto contratual, não sendo admitida qualquer contestação quanto à sua composição' (folha 06).

E, se houve diminuição significativa do número de funcionários e horas trabalhadas previstos na planilha de custos e, ainda, se o contrato atingiu sua finalidade, demonstra que a estimativa inicial foi acima do

necessário, impondo-se a revisão do valor contratual, o que não ocorreu, gerando pagamento indevido pela Municipalidade.

Quanto à deficiência na utilização do Diário de Ocorrências, destacando-se a falta de instruções escritas no Parque Anhanguera e a falta de prazos para ordens de serviço no Parque São Domingos, configura descumprimento da cláusula 9.2.3 do contrato, que atribui à Administração expedir, por escrito, as determinações e comunicações dirigidas à Contratada.

Já no tocante às falhas no preenchimento das planilhas de serviços realizados, sem especificação da quantidade de hectares do corte de grama, as especificações técnicas são claras quanto aos procedimentos escritos necessários ao controle permanente dos serviços, que devem ser observados pela Prefeitura, de modo a também dar suporte ao pagamento efetuado à Contratada, implicando, neste caso, violação do disposto na cláusula 9.2.5 do ajuste.

Por fim, resta inquestionável o fato de que os valores empenhados em relação às despesas realizadas em 2000 foram insuficientes, infringindo o estabelecido no artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho, proibição essa reproduzida na legislação municipal no Decreto nº 23.639/87, no artigo 1º.

Diante de todo o exposto e, adotando as razões consignadas pelos Órgãos Técnicos e pela Secretaria Geral, que ficam fazendo parte integrante deste voto, **JULGO IRREGULAR** a execução do Contrato nº **004/SVMA/DEPAVE/98.**

Ainda, pelas irregularidades verificadas na execução contratual supracitadas, **APLICO** a cada um dos agentes públicos responsáveis, devidamente intimados, a multa de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal número 9.167/80.

Por fim, sugiro o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para o fim de apurar o montante do prejuízo decorrente da substituição do vale refeição por cesta básica e da diminuição do número de empregados para a realização dos serviços contratados.