TC nº 72-001.391.07-66

ANÁLISE. PREGÃO. ATA DE RP. EXECUÇÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SEMPLA. Serviços de fornecimento de lanches. Kit lanche. Ausências de assinatura no despacho autorizatório, justificativa de utilização de índice econômico-financeiro e de divulgação do edital na internet e no quadro de avisos da Administração. Falta de justificativa do quantitativo licitado. Ausência de ilegalidade. Impropriedades relevadas. ACOLHIDOS. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 3º e 40, §2º, II, Lei 8.666/93. Art. 2º, VI, Dec. Mun. 44.279/03. Art. 37, "caput", CF.

2.692ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 25.11.2013

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o Pregão 53/2005, a Ata de Registro de Preços 016/SMG-DGSS-DME/2005 e seus Aditamentos 064/SMG-DGSS-DME/2006 e 001/SMG-DGSS-DME/2007, o Contrato 093/SMG-DGSS/2006 e a análise de sua execução, relevando as impropriedades de caráter formal por não antever má-fé e prejuízos ao erário.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 7 de agosto de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Em foco de apreciação, discussão e julgamento o Pregão nº 53/2005, objetivando a aquisição de "Kit Lanche" para distribuição aos alunos da rede escolar, da Ata de Registro de Preços nº 016/SMG-DGSS-DME/2005, pactuada com a GR S/A, vencedora do Certame, e respectivos aditamentos nºs 064/SMG-DGSS-DME/2006 (prorrogação de prazo) e 001/SMG-DGSS-DME/2007 (alteração da cláusula primeira e inserção de número de telefone) e do Contrato nº 093/2006 e de sua execução.

Todos esses instrumentos estão analisados e avaliados nos relatórios de fls. 466/486, onde a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, concluiu, em resumo pela:

- irregularidade do Pregão nº 053/2005 devido aos vícios apontados no item 1 da manifestação do Coordenador Chefe (fls. 485/486), sobre os quais me detenho na prolação do voto adiante, para evitar repetição cansativa.

- regularidade da Ata de Registro de Preços nº 016/SMG-DGSS-DME/2005, sob o aspecto contábil-orçamentário;

- irregularidade do Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006, pela não comprovação da economicidade e da regularidade fiscal da contratada;

- regularidade do Termo Aditivo nº 001/SMG-DGSS-DME/2007, sob o prisma contábil-orçamentário;

- irregularidade do Contrato 093/2006 pela publicação extemporânea do extrato do Contrato e ausência de comprovação de sua economicidade;

- regularidade da execução contratual, com o registro de que a contratada deu cumprimento às obrigações assumidas.

A Assessora Subchefe de Controle Externo, Dra. Izabel C. Lopes Monteiro, manifestando-se às fls. 500/503, opinou pelo acolhimento do Pregão nº 053/2005, da Ata de Registro de Preços nº 016/SMG-DGSS-DME/2005, pactuada com a GR S/A, vencedora do Certame, do Contrato nº 093/2006 e sua execução, restando o acolhimento dos Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006 e Termo Aditivo nº 001/SMG-DGSS-DME/2007, estes condicionados à comprovação da regularidade junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sendo acompanhada pelo então Assessor Jurídico Chefe, Dr. Murilo Magalhães Castro (fl. 509).

Das servidoras intimadas para exercer o contraditório, apenas a Secretária Adjunta da Secretaria Municipal de Gestão, Márcia Regina Ungarete, ofereceu a defesa encartada às fls. 508/510, limitando-se a esclarecer que a regularidade fiscal foi comprovada na liquidação das Notas Fiscais emitidas ao cabo de cada medição, na forma do quadro exposto naquele ato, além de que a formalização do Termo Aditivo 001/SMG-DGSS-DME/2007 ocorreu no período de validade do Certificado de Regularidade do FGTS da empresa GR S/A.

Essa defesa foi analisada pela Auditoria, que, no entanto, ratificou suas conclusões pretéritas (fls. 516/517), sem o respaldo, todavia, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que manteve seu posicionamento anterior, opinando pela acolhida dos instrumentos, e, excepcionalmente, do Termo Aditivo nº 064/2006 (fls. 520/530).

Nessa mesma esteira pronunciou-se a Procuradoria da Fazenda Municipal, propugnando, alternativamente, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, em respeito ao princípio da segurança jurídica, afastando, ainda, a existência de má-fé e de prejuízos ao Erário (fls. 531/540).

A Secretaria Geral também defendeu a acolhida dos instrumentos analisados, e, excepcionalmente, do Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006 em face da apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS durante a execução contratual (fls. 541/548).

É o relatório.

VOTO

Como visto no segmento relatorial, a Auditoria apontou irregularidades no Certame Licitatório, no Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006, acoplado à Ata de Registro de Preços nº 016/SMG-DGSS-DME/2005, resultante daquele pleito, e na formalização do Contrato nº 093/2006 celebrado pela Pasta promotora da Licitação e a empresa GR S/A, adjudicatária de seu objeto, que passo a examinar detalhadamente, valendo-me das judiciosas ponderações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, referendadas integralmente pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, na conformidade dos pareceres exarados às fls. 500/504, 520/530, 531/540 e 541/548.

1) DO PREGÃO nº 53/2005.

Afasto, desde logo, as irregularidades assinaladas pela Auditoria concernentes à falta de assinatura no Despacho de Autorização, à ausência de justificativa para adoção do índice econômico-financeiro e de divulgação do Edital na internet e no quadro de avisos da Administração, posto tratar-se de faltas meramente formais, que não macularam o Pleito Licitatório e não trouxeram qualquer prejuízo à Administração e aos Licitantes.

De outra banda, não vislumbro qualquer ilegalidade na ausência de justificativa do quantitativo licitado diante da inviabilidade de se determinar esse elemento na Ata de Registro de Preços, que é o Ajuste pretendido no Certame competitivo. Somente no Contrato específico, vinculado ao Registro, seria possível precisar a quantidade necessária do “Kit Lanche”, para distribuição aos alunos beneficiados.

Por sua vez, a exigência prevista no artigo 40, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993[1], é impositiva para licitações que objetivam a contratação de obras e serviços de engenharia, conforme tem entendido a Doutrina e a Jurisprudência, na interpretação do dispositivo, sendo ela, assim, dispensável na aquisição de bens e na prestação de serviços comuns. Esse entendimento é reforçado pelo disposto no art. 2º, inciso VI, do Decreto Municipal nº 44.279/2003[2], que admite a planilha de orçamento ou pesquisa de preço na instrução do processo de licitação, conforme o caso.

2) DO TERMO ADITIVO nº 064/SMG-DGSS-DME/2006.

Esse Termo teve por objeto a prorrogação da Ata de Registro de Preços nº 016/SMG-DGSS-DME/2005 por 12 (doze) meses a partir de 17/11/2006, tendo, todavia, a Auditoria concluído que o preço estipulado nesse ajuste contrariou o princípio da economicidade, diante da pesquisa levada a efeito, que apurou preço menor de R$ 12,90 (doze reais e noventa centavos) junto à empresa Sisal.

Porém, como bem anotou a Assessora Subchefe de Controle Externo, o preço médio apurado na pesquisa empreendida pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle foi de R$ 13,84 (treze reais e oitenta e quatro centavos), superior ao valor aditado de R$ 13,09 (treze reais e nove centavos), para os 6 Kits da Contratada, o que demonstra sua compatibilidade com o mercado, que é o referencial a ser observado segundo as normas gerais de licitação.

Essa mesma parecerista verificou que em 17/11/2006, quando da assinatura do Termo, a situação da Contratada era regular junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, de acordo com o CND juntado à fl. 259, ficando apenas pendente a comprovação junto ao FGTS (fl. 502).

Observo, no entanto, a liquidação das Notas Fiscais apresentadas ao cabo das medições efetuadas, presumindo-se assim, a comprovação da regularidade fiscal da Contratada nos respectivos processos de pagamento, de acordo com as informações da defesa de Marcia Regina Ungarete, às fls. 508/510, atestadas pelas cópias juntadas ás fls. 354/355, 374/375, 414/415 e 449/450.

O fato desses documentos não serem contemporâneos à formalização do Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006 não indica que a Contratada estivesse irregular com o INSS e o FGTS, como sustentou a Auditoria na

---

[1] **Art. 40** - O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
§ 2º - Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

[2] Art. 2º. O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos:
VI - planilha de orçamento ou pesquisa de preço;

apreciação da defesa daquela Secretaria Adjunta da Pasta, às fls. 516/517, tanto mais que os questionamentos daquela Unidade, nesse aspecto, se limitaram à ratificação das conclusões do seu relatório inicial.

3) DO CONTRATO nº 093/2006.

A Auditoria concluiu, de acordo com o anexo ao Relatório de Avaliação, às fls. 478/479, pela irregularidade do Ajuste em foco, devido à ausência de economicidade demonstrada na pesquisa realizada, sinalizando preço unitário do conjunto de "Kit" inferior àquele ajustado no Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006, e à extemporaneidade da publicação do extrato respectivo, infringindo o disposto no artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/2002[3].

A mesma Unidade observou a ausência de informações relativas à despesa analisada no arquivo do SERI, caracterizando desrespeito à Resolução 05/2002 e às Instruções nº 01/2002 desta Egrégia Corte.

O Ajuste em questão está vinculado à Ata de Registro de Preços nº 016/SMG-DGSS-DME/2006, resultante do Pregão nº 053/2005, prorrogada pelo Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006 e alterada pelo Termo Aditivo nº 001/SMG-DGSS-DME/2007, este considerado regular pela Auditoria, e aquele já trás examinado.

A questão pertinente à economicidade já foi por mim considerada na apreciação do Termo Aditivo nº 064/SMG-DGSS-DME/2006, pelo que me reporto às razões antes aduzidas.

De sua parte, a publicidade dos ajustes administrativos, embora obrigatória por força do princípio encampado pelo artigo 37, "caput", do Diploma Fundamental[4], e artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, é elemento exterior ao Ajuste administrativo que não vicia sua substância e existência no mundo jurídico. É o que doutrina Marçal Justen Filho nos seus Comentários à Lei de Licitações, aduzindo que:

> ***"O instrumento Contratual somente produzirá efeitos, de regra, após publicado na imprensa oficial. A ausência da publicação do extrato do contrato não é causa da sua invalidade. O defeito não afeta a contratação. A publicação é condição para o contrato produzir efeitos. Na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regulariza com nova publicação" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 10ª ed., 2004, pág. 516).***

---

[3] **Art. 26** - O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

[4] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

As demais faltas assinaladas pela Auditoria são passíveis de relevação, por seu caráter formal, e, notadamente, pela ausência de má-fé e de prejuízo ao Erário.

De fato, a própria Subsecretaria de Fiscalização e Controle informou, na Avaliação de Execução Contratual, que (sic) ***"a contratada honrou sua proposta de preço e cumpriu as obrigações assumidas"*** (fls. 483/484 e 486), de modo que, a meu ver, não restaram pendências que comprometessem qualquer dos procedimentos e atos praticados.

Diante do exposto e dos elementos instrutivos e informativos dos autos, e, notadamente, dos pareceres exarados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral, os quais adoto como parte integrante deste pronunciamento, ACOLHO o Pregão nº 53/2005, a Ata de Registro de Preços 016/SMG-DGSS-DME/2005 e seus Aditamentos nºs 064/SMG-DGSS-DME/2006 e 001/SMG-DGSS-DME/2007, o Contrato nº 093/2006 e a análise de sua execução, relevando as impropriedades de caráter formal por não antever má-fé e prejuízos ao Erário.

É o voto.