TC nº 72-001.399.02-63

EMENTA 2º JULGADO

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMG. Serviços de preparo e fornecimento de alimentação escolar – Refeição Grupo 4. Decorrente de Ata de RP. ACOLHIDOS. Votação unânime.

EMENTA 1º JULGADO

ANÁLISE. CONTRATO. SEMAB. Serviços de preparo e fornecimento de alimentação escolar – Refeição Grupo 4. Decorrente de Ata de RP. REGULAR. RECOMENDAÇÃO. Votação por maioria.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

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 a execução do Contrato 070/SEMAB-DAS/2002 e os Termos Aditivos 055/SEMAB-DAS/2002, 066/SEMAB-DAS/2002, 067/SEMAB-DAS/2002 e 009/SEMAB-DAS/2003.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão para o Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, em atenção ao Ofício 4883/2005 (PJC-CAP 584/02 – 10º PJ), de fl. 483 dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de maio de 2010.

Edson Simões
Presidente.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente, nesta fase processual, do julgamento da execução contratual e dos termos aditivos ao Contrato nº 070/SEMAB-DAS/2002, decorrente da Ata de Registro de Preços nº 11/SEMAB/DAS/2002, em cumprimento ao V. Acórdão de fls. 286/287 que, por maioria de votos, julgou regular o contrato em apreço para serviços de preparo e fornecimento de alimentação escolar.

Em análise inicial, a Auditoria exarou parecer no sentido da regularidade da execução do Contrato nº 070/2002 e seus Aditivos 055/2002, 066/2002, 067/2002 e 009/2003, destacando, não obstante, a irregularidade formal dos Aditivos 055/2002 e 009/2003, em seu aspecto contábil, por infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 – irregularidade esta relacionada à falta de prévio empenho e empenho insuficiente para a realização da despesa –, o que estaria a refletir na irregularidade de parte da execução (fl. 446).

Em parecer subsequente, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, divergindo do entendimento da Auditoria, concluiu que não foi constatada despesa sem prévio empenho nos autos, nem tampouco houve autorização, através dos referidos aditivos contratuais, para a realização de despesa a maior do que a autorizada (fls. 449/450), de forma a macular o ajuste.

Após as justificativas apresentadas pelos interessados, regularmente intimados, manifestou-se a Auditoria, em análise complementar, no sentido de que a emissão intempestiva das notas de empenho estaria a comprometer, aproximadamente, 7,19% da regularidade da execução do contrato, mas que, em razão do tempo decorrido e das justificativas apresentadas, poderiam os instrumentos, não obstante, serem acolhidos pelo Tribunal (fls. 514/516).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em nova manifestação, acrescentou à análise que as irregularidades de natureza formal/contábil já haviam sido rechaçadas pelo V. Acórdão que julgou regular o contrato original, ante a natureza atípica da contratação em apreço, de quantitativos definidos por estimativa (fls. 523/524).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, instada a se manifestar, reiterou o parecer no sentido da regularidade dos instrumentos em análise, destacando que as falhas de natureza contábil não teriam o condão de macular a regularidade do ajuste.

A Secretaria Geral, na esteira do Órgão Fazendário e dos Órgãos Técnicos, opinou pelo acolhimento da execução e dos termos aditivos em julgamento, com sugestão de recomendação à Origem no sentido de maior eficiência no planejamento da ação administrativa.

É o relatório.

VOTO

A questão apontada pela Auditoria, relacionada às deficiências de natureza contábil na gestão do presente ajuste, como bem ressaltado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, já foi objeto de apreciação quando do julgamento original do contrato.

No caso concreto, constatou-se de fato uma imprecisão na definição e empenhamento inicial do valor contratual, frente ao número de refeições contratadas no decorrer de sua vigência, o que resultou na necessidade de sucessivos aportes financeiros, por meio da emissão de notas de empenho complementares, veiculados através dos aditivos contratuais em julgamento, alterando-se o valor contratual original, de forma a viabilizar as complementações de empenho ocorridas em 27/09/2002, 30/10/2002, 11/11/2002 e 26/12/2002.

Melhor esclarecendo essa questão, o preço da refeição por ocasião da contratação era de R$ 1,06 (em média, pois havia 6 tipos diferentes de cardápio). O quantitativo estimado foi de 6.454.448 (seis milhões, quatrocentas e cinquenta e quatro mil e quatrocentas e quarenta e oito) refeições, conforme se depreende dos termos do contrato (fl. 55), do despacho de autorização (fl. 30) e da respectiva requisição (fl. 06). Todavia, o valor monetário inicial fixado no contrato foi menor e, por consequência, insuficiente para suportar a real estimativa de gastos, ficando aquém do valor que deveria ter sido empenhado, como bem apurou a Auditoria à fl. 83.

Como já ressaltado no voto condutor do julgamento deste contrato, a regra geral de natureza contábil é no sentido de que a emissão do empenho seja feita no valor total do gasto previsto e anteriormente à realização da despesa. Contudo, acolhendo-se em caráter excepcional as justificativas apresentadas pela Origem acerca dos problemas enfrentados à época – a saber, grande variação das quantidades em razão de fatos supervenientes, tais como o aumento do número de escolas a serem atendidas naquele ano –, entendeu este Plenário como regular o procedimento adotado no caso concreto, no que tange à utilização do mecanismo de empenhos complementares, nos moldes previstos pelo § 2º do artigo 60 de referida Lei, de forma a viabilizar a mera complementação de recurso financeiro necessário ao cumprimento do contrato.

A possibilidade de empenho de dotações orçamentárias suplementares vem, inclusive, prevista na própria Lei n° 8.666/93, que no § 8º do art.

65 determina que *'a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamentos'.*

Por derradeiro, mostra-se relevante ressaltar que, da análise da execução do contrato, ficou constatado o fornecimento de 6.353.768 (seis milhões, trezentas e cinquenta e três mil e setecentas e sessenta e oito) refeições no decorrer da vigência do ajuste, quantidade esta inferior àquela prevista de forma estimativa nos termos originais do contrato – 6.454.448 (seis milhões, quatrocentas e cinquenta e quatro mil e quatrocentas e quarenta e oito) –, conforme inicialmente relatado.

Assim, no caso em análise, não houve a caracterização de extrapolamento de quantitativos previstos inicialmente ou de realização de despesa a maior do que a autorizada, em que pese tal afirmativa ter sido aventada de forma equivocada pela Auditoria no curso da instrução. Houve de fato, na presente contratação, e conforme assentado no julgamento original do contrato, clara insuficiência do valor inicial empenhado em face da estimativa de refeições contratadas, o que gerou a necessidade de complementação de recursos com a emissão de novos empenhos.

Frente ao exposto, na esteira das manifestações unânimes no processo, **voto pelo acolhimento da execução do Contrato nº 070/2002 e de seus Termos Aditivos nºs 055/2002, 066/2002, 067/2002 e 009/2003.**

Encaminhe-se cópia do presente julgado para o MPESP, em atenção ao ofício nº 4883/2005 de fl. 483 (PJC-CAP nº 584/02 – 10º PJ).

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.145ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Roberto Braguim, com voto anteriormente proferido pelo Conselheiro Maurício Faria – Relator, na 2.143ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator e Roberto Braguim, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar regular o ajuste, recomendando à Origem que, quando ocorrer a hipótese de contratação por estimativa, tal natureza conste expressamente do termo contratual, bem como que se abstenha de realizar despesa superior à autorizada.

ACORDAM, outrossim, pelos mesmos votos, consoante proposta apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim, em determinar aos Órgãos Técnicos desta Corte que procedam à análise da execução contratual, com ênfase no que toca à comprovação das quantidades entregues e dos pagamentos efetuados, quando se terá, então, a efetiva comprovação do objeto contratado.

Vencidos os Conselheiros Edson Simões – Revisor, nos termos do voto apresentado em separado, e Eurípedes Sales, que julgaram irregular o contrato e aplicaram multa ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Roberto Braguim.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de maio de 2004.

Antonio Carlos Caruso
Presidente, com voto.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 70/SEMAB-DAS/2002 decorrente da Ata de Registro de Preços nº 11/SEMAB/DAS/2002, para o serviços de preparo e fornecimento de alimentação escolar *'refeição-grupo IV'.*

Após esclarecimentos adicionais da Origem, solicitados pela Auditoria quanto ao demonstrativo de cálculo do valor contratado, esta concluiu pela irregularidade formal do contrato em face da realização de despesa maior do que a autorizada e do empenhamento parcelado de recursos, infringindo o disposto nos artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/64 e no Decreto 23.639/87.

Em resposta às intimações, os Srs. Antonio Carlos Réa e José Américo Dias apresentaram defesa, alegando sucintamente que o número de refeições servidas era estimado, que o empenho foi feito por estimativa e que em 2002 o consumo de refeições aumentou em relação ao ano anterior.

Em que pesem as razões trazidas pela Origem, AUD ratificou sua conclusão anterior pela irregularidade do ajuste, sendo acompanhada pela AT-J, com as conclusões finais endossadas pela SFC.

A PFM opinou no sentido de que houve de fato uma inconsistência entre o número de refeições previsto no contrato e seu preço respectivo, mas o contrato e seus aditamentos demonstram tratar-se sempre de números estimados, não se tendo notícia de que o procedimento da Origem tenha trazido prejuízo ao Erário, pelo que o instrumento merece ser acolhido.

SDG, na esteira do Órgão Fazendário, opina pelo acolhimento do ajuste, considerando que as impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos foram apenas formais e não trouxeram prejuízo ao erário.

É o relatório.

VOTO

O contrato administrativo em análise tem por objeto situação peculiar, qual seja, a de não se mostrar possível definir e precisar o seu quantitativo, na medida em que o número de refeições servidas não necessariamente é igual ao número de alunos matriculados (as repetições são permitidas sem limite), bem como pelo fato de que tal número varia em função do número de escolas a serem atendidas, que não é estanque, que o preço das refeições oscila de acordo com o tipo de refeição servida.

Esta é a razão pela qual deve-se considerar a presente contratação com valor estimado, em que pese o Despacho de Autorização e o contrato consignar quantidades e valores efetivos, não mencionando estimativa, como ressaltado pela Auditoria. Pode-se deduzir tal afirmação, inclusive, pelo fato de as Notas de Empenho terem sido emitidas por estimativa, e tal natureza vir expressa nos aditivos contratuais.

Ao que parece, houve na presente hipótese uma situação anormal que pode justificar o erro de planejamento da Administração, ao subestimar as quantidades.

Na situação prática, verifica-se que a Administração não tem como precisar o número de refeições que efetivamente será consumido no decorrer da vigência contratual, o que resultou na necessidade de alteração do valor contratual, considerando que a média de refeições inicialmente estimada ultrapassou o quantitativo originalmente fixado.

E assim procedeu a Administração através de aditivos contratuais, alterando o valor contratual original, de forma a viabilizar a

complementação do empenho, ocorridos em 27/09/2002, 30/10/2002, 11/11/2002 e 26/12/2002.

De fato a regra geral, por força do contido no art. 60 da Lei nº 4.320/64, determina que anteriormente à realização da despesa deve haver empenho. Contudo, frente à impossibilidade de determinação exata do quantitativo a ser contratado no presente caso, trabalhou a Administração com o empenho estimativo, nos moldes previstos pelo § 2º do artigo 60 de referida Lei.

Desta forma, não se vislumbra no presente caso a figura do parcelamento de empenho, mas sim está-se diante da hipótese de mera complementação de recurso financeiro para viabilizar o cumprimento adequado do contrato.

A possibilidade de empenho de dotações orçamentárias suplementares vem inclusive prevista na própria Lei 8.666/93, que no § 8º do art. 65 determina que *'a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamentos'*.

Logo, conclui-se que houve na presente contratação mera complementação de recursos com a emissão de novos empenhos, para atender ao objeto do contrato, cujo quantitativo, assim como seu valor, foi apenas estimativo.

A questão relativa à inconsistência entre a quantidade erroneamente indicada na requisição e o preço fixado, conforme atestado pela própria Origem, pode ser tida como irregularidade formal, que não trouxe nenhum prejuízo ao Erário.

O fato de o contrato em apreço ser decorrente de Ata de Registro de Preços, cuja principal vantagem consiste justamente em viabilizar contratações à medida em que se tornarem necessárias, não desabona o procedimento da Administração, vez que mesmo contratos fundados em Ata podem ter a peculiaridade de conter objeto e valor quantificados por estimativa. Ainda que entendamos não restar configurada a irregularidade atinente ao parcelamento de empenho, subsiste aquela apontada pela Auditoria no que toca à realização de despesa superior à autorizada, considerando que a suplementação de verba foi feita extemporaneamente. Somente em 06/12/2002, o Decreto 42.692/02 abriu crédito adicional suplementar. Neste particular, verifica-se que possibilitou-se a regularização do contrato que vinha sendo executado sem saldo de empenho suficiente para acobertar as despesas adicionais. Ou seja, fato é que os aditamentos foram lavrados após a realização da despesa, e despesas foram realizadas sem prévio empenho.

Contudo, em que pese a Origem incorrer em vício de forma, quanto aos procedimentos administrativos adotados na execução do presente contrato, entendemos que tal irregularidade pode ser excepcionalmente relevada considerando-se a natureza do ajuste, o fato de que todas as despesas foram realizadas com as devidas autorizações e respectivas Notas de Empenho, e também de que os preços utilizados, constantes da Ata de Registro de Preços, encontravam-se compatíveis com os de mercado, e, por fim, pelo fato de que os pagamentos efetuados somente ocorreram após o efetivo fornecimento prestado, além do que não constam dos autos evidências de danos pecuniários ao Erário.

Frente ao exposto, voto pela regularidade do ajuste, recomendando à Origem que, quando ocorrer a hipótese de contratação por estimativa tal natureza conste expressamente do termo contratual, bem como recomendando que se abstenha de realizar despesa superior à autorizada.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

O empenho é o instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução do orçamento, constituindo-se numa ferramenta de programação, onde o Executivo tem sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis, e suas exigências legais são exigidas pela Lei Federal número 4.320/64, em seus artigos 60 e 61.

Dessa forma, é vedada, à Administração, a realização de despesa sem prévio empenho.

A Origem, ao ignorar tais procedimentos feriu, frontalmente, norma objetiva municipal e federal, sem, sequer, reservar-lhes margens, mesmo que estreitas, para que se pudessem reivindicar a convalidação de tais atos, visto que viciado em sua essência, não tendo, inclusive, em sua defesa, superado as conclusões exaradas pelos Órgão Técnicos desta Corte de Contas.

O conceito de empenho pressupõe anterioridade. Não há empenho “a posteriori”.

Isto posto, JULGO IRREGULAR o Contrato número 70/02 e APLICO ao Ordenador da Despesa a MULTA de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei número 9.167/80.

VOTO de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

Na análise do Contrato nº 70/SEMAB-DAS/2002, decorrente da Ata de Registros de Preços nº 11/SEMAB-DAS/2002, tendo como objeto o preparo e fornecimento de alimentação escolar, o Nobre Conselheiro-

Relator Maurício Faria votou pela sua regularidade, recomendando à Origem que, no futuro, faça constar dos termos de ajuste a natureza de estimado, quando for o caso.

Fundamentou seu voto nas seguintes razões:

a) impossibilidade de determinação exata do quantitativo de refeições fornecidas e do "quantum", em função do aumento de escolas atendidas, alteração das refeições e oscilação dos preços, em função das variações apontadas;

b) configuração de contratação por estimativa, não obstante o despacho autorizatório e o termo contratual terem mencionado número e valor certos;

c) o caráter estimativo está presente no corpo das Notas de Empenho;

d) não teria havido parcelamento de empenho, mas hipótese de complementação de recursos financeiros;

e) o fundamento dessa possibilidade residiria no § 8º do art. 65 da Lei 8.666/93;

f) a apontada inconsistência entre a quantidade indicada e o preço fixado, reconhecida pela própria Origem, poderia ser tida como formal, visto não ter ocorrido prejuízo ao erário;

g) a circunstância da média inicialmente estimada ter ultrapassado o valor originalmente fixado fora sanada com as complementações dos empenhos ocorridos em 27 de setembro, 30 de outubro, 11 de novembro e 26 de dezembro de 2002, não se vislumbrando a figura do parcelamento de empenho;

h) o vício de forma em que incorreu a origem há de ser relevado, considerando-se que todas as despesas foram realizadas com as devidas autorizações e respectivas Notas de Empenho, bem como os preços eram compatíveis com o mercado;

i) finalmente, não consta dos autos evidência de danos pecuniários ao erário.

Acompanhou-o o Nobre Conselheiro Roberto Braguim, em votação ocorrida na Sessão de nº 2.145, com proposta de se efetuar a análise da execução contratual, a qual foi aceita pelo Relator.

Na mesma sessão, outra corrente se formou, pelo voto condutor do Conselheiro Revisor, Edson Simões, que manteve seu voto exarado na Sessão Ordinária de nº 2.140, julgando irregular o Contrato nº 70/02 com aplicação de multa ao ordenador da despesa.

Em argumentação sucinta, porém precisa, realçou o I. Conselheiro Revisor ter havido infringência da Lei Federal nº 4.320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho.

Em sua senda, votou o Nobre Conselheiro Eurípedes Sales.

Com o relato, passo ao desempate do julgamento.

VOTO

Em essência, a discordância nos votos condutores das duas correntes firmadas estribou-se, primordialmente, no fato de ter sido apontado nos autos, pelos técnicos da Auditoria, a ocorrência de despesas efetuadas sem prévio empenho.

No mais, não houve divergência, podendo-se, pois, aceitar como válidos os argumentos do Nobre Conselheiro Relator.

Equivocado o posicionamento de SFC, em especial dos Srs. técnicos da Divisão Técnica III, que não se ativeram a examinar com acuidade os atos da Secretaria Municipal de Abastecimento, fato que os levou a concluir que teria havido despesa maior que a autorizada (no contrato), empenhamento parcelado de recursos e infringência da Lei Federal 4.320/64.

Senão, vejamos.

O Contrato nº 70/SEMAB-DAS/2002, com vigência pelo período de 18.03.2002 a 31.12.2002, apontava número certo de refeições a serem servidas, tendo por valor a importância, também certa, de R$ 4.143.755,60 (quatro milhões, cento e quarenta e três mil setecentos e cinqüenta e cinco reais e sessenta centavos).

Entretanto, a Nota de Empenho que lhe deu suporte (fl. 34 e seguintes dos autos) emitida antes da lavratura do ajuste fez menção, em seu anexo, que era estimativo o número de refeições e, por via de conseqüência, a quantia a ser desembolsada.

Por interesse de atendimento das escolas municipais componentes do Grupo 4, cujo fornecedor era a contratada, Geraldo J. Coan e Cia Ltda., houve necessidade de aumentar o número das refeições, e, conseqüentemente, os valores ajustados.

Tais aumentos ocorreram, conforme salientou o Nobre Conselheiro Relator, em 27 de setembro, 30 de outubro, 11 de novembro e 26 de dezembro de 2002 e foram devidamente autorizados pelo Titular da Pasta

(despachos às fls. 198, 208, 217 e 235 deste TC), e, também, cobertos pelas respectivas Notas de Empenho (fls. 143, 153, 163 e 173, também deste TC).

Ademais, as apontadas modificações do contrato original se concretizaram nos Termos Aditivos de nºs 55, 66 e 67, todos de 2002, com exceção da despesa autorizada à fl. 235, no valor de R$ 570.366,67 (quinhentos e setenta mil trezentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos).

Referidos TAs, encaminhados pela Origem, encontram-se na pasta anexa e encartados, por cópia, às fls. 154 a 226 dos presentes autos.

Assinale-se que não houve diligência dos técnicos do Tribunal para apurar se o termo faltante neste TC foi lavrado ou não.

Pois bem, o contido nos autos me leva a qualificar de infundadas as conclusões de SFC, posto que não houve despesa maior que a autorizada, em face dos despachos autorizatórios de SEMAB e dos aditamentos ao contrato, tampouco despesa sem prévio empenho ou empenhamento parcelado de recursos, haja vista a emissão das Notas de Empenho em tempo oportuno e com cobertura das despesas.

Enfim, entendo que não houve infringência da Lei Federal nº 4.320/64.

Destarte, pelo exposto, e, ainda, pelos demais argumentos contidos no voto de I. Conselheiro Relator, no sentido de que os preços utilizados foram os da Ata de Registros de Preços e eram compatíveis com os de mercado, filio-me à sua corrente, acolhendo o Contrato nº 70/SEMAB-DAS/2002.

Insubsistente a aplicação de multa.