EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.454.10-80

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. AHM. Serviços de nutrição e alimentação hospitalar. REGULAR. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-001.341.10-93, 72.000.776.10-10, 72-000.451.11-37, 72-000.185.11-15, 72-001.454.10-80

2.838ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.001.341.10-93, 72.000.776.10-10, 72.000.451.11-37 e 72.000.185.11-15, 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 julgar regular a execução do Contrato 007/2010, no período analisado de 1º/3 a 31/5/2010.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de novembro de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

A Autarquia Municipal Hospitalar realizou o Pregão n.º 014/AHM/2010 para prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar.

Referido certame gerou 3 (três) contratos diversos para atender às unidades constantes do edital.

Dessa iniciativa, surgiram os seguintes procedimentos de fiscalização:

C 1.341.10-93	exame da licitação Pregão n.º 014/AHM/2010 e do Contrato n.º 007/2010
C 1.454.10-80	acompanhamento da execução do Contrato n.º 007/2010
C 0.451.11-37	análise do Contrato n.º 006/2010
C 0.776.10-10	Representação interposta pela empresa Starbene Refeições Industriais Ltda., em face da decisão da Sra. Pregoeira da 4ª Comissão Permanente de Licitação da Autarquia Hospitalar Municipal, que declarou a empresa LBGS Grupo de Serviços Ltda., habilitada para o item 05 do Pregão n.º 014/AHM/2010
C 185.11-15	consta solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo acerca de informações relacionadas ao Contrato n.º 006/2010/AHM

Diante da identidade das matérias, surge como adequada medida a opção pelo julgamento englobado dos feitos. Passo a relatar, então, os correspondentes autos.

No âmbito do TC nº 1.341.10-93, em manifestação inicial, a Auditoria concluiu pela irregularidade do Pregão n.º 014/AHM/2010, diante da exigência do edital no sentido da demonstração, por parte dos interessados, da comprovação de quitação do Conselho Regional de Nutricionistas e pela exigência de Certificado de Registro restrito à 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul). No que tange à análise voltada para o Contrato n.º 007/2010/AHM, a Auditoria considerou o instrumento formalmente irregular pela falta de empenho prévio e suficiente para atender as despesas do exercício, com ofensa aos arts. 60 e 61 da Lei Federal n.º 4.320/64.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo também entende aquelas exigências como conceitualmente restritivas, mas, de outra parte, alega não ser possível inferir dos autos que as mesmas chegaram a comprometer efetivamente a competitividade do certame. Com relação ao contrato, acompanhou o entendimento da Auditoria pela irregularidade da contratação, sugerindo a oitiva da Origem.

Instada a se manifestar, a Autarquia Hospitalar Municipal afirmou que a certidão de quitação exigida não interferiu na ampla competitividade e na lisura do procedimento, bem como que o registro junto ao Conselho Regional de Nutrição da Região 3 foi exigido em razão de previsão contida na Resolução CFN 378/2005, de que o registro deve ser efetuado na unidade da federação em que a empresa da área de nutrição atua. Quanto à falta de empenho prévio e suficiente, alegou que não dispunha de orçamento para o empenhamento total da despesa,

mas, que, no entanto, todo o período contratado foi coberto por notas de empenho, não tendo havido despesas sem prévio empenho.

As áreas técnicas mantiveram as posições anteriormente lançadas. Os pronunciamentos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral sinalizam a possibilidade de relevação das falhas apontadas, concluindo pelo acolhimento do Pregão nº 14/2010 e do Contrato nº 07/2010, sem prejuízo de eventuais determinações.

No âmbito do TC nº 776.10-10, manifestaram-se os órgãos técnicos acerca das alegações formuladas pela Representante, reputando-as, inicialmente, parcialmente procedentes, considerando a impropriedade na habilitação de empresa diante da verificação de alteração dos dados cadastrais após a expedição da certidão do Conselho Regional de Nutrição, bem como por conta do atestado de capacidade técnica não atender a previsão do item 8.3.3 do Edital.

Todavia, após análise dos argumentos apresentados pelos interessados, bem como diante da informação trazida aos autos de que a liminar concedida em sede de Mandado de Segurança, que determinava a suspensão da contratação, teve seus efeitos sustados em face da decisão de extinção do feito, os órgãos técnicos mudaram de opinião acerca das conclusões iniciais, passando à conclusão de improcedência da Representação, diante da possibilidade de relevação das irregularidades apontadas, vez que de caráter meramente formal.

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, no mesmo sentido, manifestaram-se pelo conhecimento e improvimento da Representação.

No âmbito do TC 451.11-37, a Auditoria entendeu pela irregularidade formal do Contrato n.º 006/2010/AHM, pela emissão extemporânea de Notas de Empenho. Entretanto, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, com base nos esclarecimentos prestados pela Origem, que expôs problemas em relação à contenção orçamentária, considerou justificada a irregularidade, visto que todo o valor do período em discussão havia sido liquidado com os recursos da Nota de Empenho nº 2683/2010.

A Procuradoria manifestou-se pela regularidade do contrato e a Secretaria Geral, não obstante a ocorrência da irregularidade apontada, opinou pelo acolhimento excepcional da contratação face às justificativas ofertadas pela Origem.

Por derradeiro, no âmbito do TC 1.454.10-80, a Auditoria manifestou-se no sentido de que a execução do Contrato n.º 007/2010/AHM, no período de 01/03 a 31/05/2010, foi executada de acordo com as normas legais pertinentes e com as cláusulas estabelecidas no ajuste.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam as conclusões da Auditoria no sentido de acolhimento da execução contratual.

É o relatório.

V O T O ENGLOBADO

Preliminarmente, destaco que esta Corte já se pronunciou, à unanimidade, sobre a matéria ora trazida ao Pleno, ao julgar irregular o edital do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial n.º 014/AHM/2010, por ocasião da análise do TC 72.000.179.10-31.

Naquela ocasião, firmou-se o entendimento de que a exigência de comprovante de quitação da empresa perante o Conselho Regional de Nutricionistas revelou-se restritiva à participação das licitantes, uma vez que nada influiu na verificação da qualificação técnica das mesmas, servindo, tão somente, de instrumento para compelir as empresas ao adimplemento de suas obrigações financeiras com o referido Conselho.

Por tais razões, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento, em seu manual de *"Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em licitações públicas"*, afirma que a Administração deve:

> *"Evitar restrições supérfluas que possam reduzir o número de concorrentes qualificados, estabelecendo requisitos mínimos proporcionais à dimensão e ao conteúdo do contrato e não impondo condições mínimas que criem obstáculos à participação no certame".*

Não tendo ocorrido qualquer mudança do quadro fático ou jurídico, faz-se necessário manter a coerência com o julgado pretérito. Assim, acompanho o parecer da Auditoria e reafirmo o entendimento pela irregularidade do procedimento relacionado ao Pregão n.º 014/AHM/2010, tratado nos autos do TC 1.341.10-93.

Em relação à análise formal dos Contratos n.ºs 006/2010/AHM e 007/2010/AHM e à execução deste último, não há que se declarar que as avenças e seus respectivos desdobramentos devem ser considerados irregulares, por mera relação de acessoriedade, em relação ao Pregão n.º 014/AHM/2010.

Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, via de regra, a nulidade da licitação também alcançará a contratação. No entanto, em certas circunstâncias, esta relação de prejudicialidade não estará presente, em razão da incidência de princípios albergados pelo direito administrativo pátrio:

> *"Por tudo quanto se disse, pode-se afirmar que, se a letra da lei leva à conclusão de que qualquer ilegalidade no procedimento da licitação induz a nulidade do contrato, chega-se a outra solução pela intepretação baseada em princípios outros que fazem parte do ordenamento jurídico, além do princípio da legalidade em sentido estrito."*[i]

Referida autora traz rol exemplificativo de circunstâncias que desautorizam a aplicação do princípio da acessoriedade, pela qual um contrato derivado de licitação eivada de vício necessariamente será considerado nulo. Considera, então, que as irregularidades da licitação não devem contaminar o contrato se forem meramente formais, vícios que não tenham provocado qualquer tipo de prejuízo, seja ao erário, seja à Administração Pública, seja aos licitantes, seja a terceiros (*pas de nullité sans grief* - não há nulidade sem prejuízo); ou mesmo ilegalidades que causem prejuízo apenas aos licitantes, que não a invocaram no momento oportuno, provocando a preclusão de seu direito.

Muito embora a restrição da competitividade pela exigência de quitação junto ao Conselho Profissional seja indevida e mereça reparos por parte deste Tribunal, verifica-se que acorreram várias empresas ao certame (Ata da Sessão, DOC 11/02/2010) apresentando propostas e disputando lances, não havendo registro de que tenha havido prejuízo ao erário, por conta de contratação por um valor que não fosse compatível com o mercado.

Assim, na esteira do entendimento doutrinário mencionado, deixo de aplicar o princípio da acessoriedade ao caso em tela. E, nessa toada, considero que as falhas constadas em relação aos Contratos n.º 006/2010/AHM e 007/2010/AHM, por infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64, são eminentemente formais e, conforme manifestação dos Órgãos Técnicos desta Corte, podem ser objeto de relevação. Ressalte-se que este também tem sido o entendimento jurisprudencial deste Tribunal, conforme decidido nos TCs nº 72-002.438.11-40, 72-002.041.11-79, 72-002.437.11-87 e 72-002.438.11-40.

Sendo desnecessárias considerações acerca da execução do Contrato n.º 007/2010/AHM, em razão das manifestações técnicas precedentes serem no sentido de sua regularidade, resta examinar a Representação tratada no TC nº 776.10-10.

Não obstante o pedido de desistência formulado pela Representante, acostado às fls. 423 dos autos, em se tratando de matéria de ordem pública, deve ser adentrado o mérito da demanda.

A certidão apresentada pela empresa vencedora, cuja validade expirou em 30 de maio de 2010, era hábil a ser utilizada no certame, visto que a elevação do capital social operada posteriormente pela empresa não teve o condão de invalidar esta certidão, eis que não acarretou o descredenciamento da empresa junto ao Conselho Profissional, tampouco em alteração do valor da

anuidade devida. No mesmo sentido, em relação aos documentos técnicos de comprovação de execução de serviços, foi atendido o critério quantitativo do Edital.

A respeito de tais questionamentos, é necessário consignar que a Representante apresentou-os ao Poder Judiciário por meio de mandado de segurança que, em primeira instância foi extinto sem resolução de mérito. No entanto, em sede de apelação, a decisão foi reformada, tendo, no mérito, a 1ª. Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidido pela validade da certidão e dos atestados de capacidade técnica, que prescindiam de registro junto ao Conselho de Classe, por não constar tal exigência do edital. Esta decisão, em sede de apelação, não foi objeto de recurso e transitou em julgado.[ii]

Diante do exposto, **CONHEÇO** da Representação constante do TC nº 776.10-10, por presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, **JULGO-A IMPROCEDENTE**, em conformidade com as razões acima expostas. No entanto, **JULGO IRREGULAR** o Pregão n.º 014/AHM/2010, face aos fundamentos elencados e ao já decidido no âmbito do TC 72.000.179.10-31.

Considerando, ainda como exposto neste voto, que os vícios constantes do Pregão n.º 014/AHM/2010 conduziram à irregularidade do certame, mas não foram suficientes para alcançar as avenças firmadas, **ACOLHO EXCEPCIONALMENTE** os Contratos n.º 006/2010/AHM e 007/2010/AHM.

Por derradeiro, **JULGO REGULAR** a execução do Contrato n.º 007/2010/AHM, no período analisado.

Determino o envio de cópia da decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção aos ofícios constantes dos autos TC nº 185.11-15.

Dê-se ciência à Origem e à Representante do resultado deste julgamento.

Após, arquive-se.

---

[i] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos.** Interesse Público, nov./dez. v.15, f. 82, Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 44-45.

[ii] TJSP, Apelação 0005983-69.2010.8.26.0053, Apelante: Starbene Refeições Industriais Ltda. Apelados: Pregoeira da 4ª. Comissão Permanente de Licitação da Autarquia Hospitalar Municipal de São Paulo. e LBGS Grupos de Serviços Ltda. Relator: Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, data de julgamento 12/03/2013.