TC 1.704/2013

ANÁLISE. CONTRATO. SME. Fornecimento de camisetas. Kit de uniforme escolar. Quantitativo excedente. Precedente. Apresentação de Certidão Simplificada da JUCESP tem o mesmo valor do ato constitutivo ou do Contrato Social para comprovação de habilitação jurídica. REGULAR. Votação unânime.

TC citado 3.292/2011.

Relatório e voto englobado TCs 866/2013 e 1.704/2013.

3.003ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.880ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor.

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 o Contrato 13/SME/2013, sendo que o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, também, propôs ao Conselheiro MAURÍCIO FARIA, se assim entender no âmbito de sua Relatoria, que determine a análise da execução contratual.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de setembro de 2018.

ALEXANDRE CORDEIRO
Conselheiro Substituto no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os dois TCs, agora relatados englobadamente, cuidam da análise do Pregão Presencial 40/SME/2011, do qual decorreu a Ata de Registro de Preços 26/SME/2011 e dos Contratos 197/SME/2012 (Item I) e 13/SME/2013 (Item II), firmados entre a Secretaria Municipal de Educação - SME e R.R. Indústria e Comércio de Malhas Ltda., para o fornecimento de camisetas para o kit de uniforme escolar, ambos referentes ao Lote 2, o primeiro no valor de R$ 4.237.503,75 (quatro milhões, duzentos e trinta e sete mil, quinhentos e três reais e setenta e cinco centavos) e o segundo no de R$ 3.180.244,95 (três milhões, cento e oitenta mil, duzentos e quarenta e quatro reais e noventa e cinco centavos).

Inicio por relatar o TC 72-000.866.13-54 (Item IV), no bojo do qual a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou irregulares:

I) O Pregão em face:

1) Da falta de previsão legal para a exigência de Certidão Simplificada, em afronta ao artigo 28, inciso III[1] da Lei 8.666/93;

2) Da ausência das propostas detalhadas das detentoras, em infringência aos itens 8.2[2] e 8.3[3] do Edital.

II) O Contrato:

1) Por decorrer de Pregão irregular;

2) Pela ausência de evidência de justificativa referente aos quantitativos adquiridos, em função do estoque existente e do relatório do EOL (Escola On Line) na posição de 31/10/12, em afronta ao artigo 7º, § 4º[4], da Lei 8.666/93 e do inciso I[5] do artigo 2º do Decreto Municipal 44.279/03.

---

[1] Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: (...) III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

[2] Item 8.2. Quando a Detentora for a fabricante do produto, no ato da assinatura da Ata deverá demonstrar claramente a composição do(s) preço(s) constante(s) de sua proposta, apontando, especialmente, as parcelas relativas à matéria-prima, mão-de-obra direta, demais insumos, encargos em geral, despesas, tributos de qualquer natureza e todas as despesas, diretas ou indiretas, relacionadas ao objeto, ao lucro e à participação percentual de cada lote em relação ao preço final.

[3] Item 8.3. Quando a Detentora for a revendedora ou representante comercial do produto, no ato da assinatura da Ata deverá demonstrar claramente a composição do(s) preço(s) constante(s) de sua proposta, apontando, especialmente, as parcelas relativas ao valor de aquisição do produto, aos encargos em geral, tributos de qualquer natureza e todas as despesas, diretas ou indiretas, relacionadas ao objeto, ao lucro e à participação percentual de cada lote em relação ao preço final.

[4] Art. 7º . (...) § 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

[5] Art. 2º. O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: I - requisição de material ou justificativas para contratação.

No que se refere ao Edital, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou cabível a apresentação da Certidão Simplificada (item 6.4.2.2) como alternativa ao ato constitutivo da sociedade comercial, este exigível pelo inciso III do artigo 28 da Lei de Licitações, concordando, porém, com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle em relação ao detalhamento das propostas. No que pertine ao Contrato, entendeu ser necessária a oitiva da Secretaria antes de seu pronunciamento definitivo mas, não obstante, opinou pelo não acolhimento do Pregão e do Ajuste.

Oficiados os Ordenadores das Despesas, o Sr. Tiago Rossi, Pregoeiro, cingindo-se à análise do Pregão, que lhe competia, defendeu que a habilitação jurídica foi procedida dentro da legalidade, fundamentando-se inclusive nos argumentos da Assessoria Jurídica desta Casa. No tocante ao outro apontamento, destacou ser providência posterior à homologação do Certame, extrapolando, então, a competência do Pregoeiro, nos termos do artigo 6º do Decreto 46.662/05, o mesmo ocorrendo em relação ao Contrato. Requereu, por fim, o acolhimento do Pregão e do Ajuste.

O Secretário Municipal de Educação à época, Alexandre Alves Schneider, oficiado na pessoa de seus advogados, deixou transcorrer in albis o prazo para resposta.

Na sequência, determinei fosse oficiado o Sr. Antônio Cesar Russi Callegari, Secretário da Educação, e a Contratada para apresentarem justificativas e defesa.

De sua parte, a R.R. Indústria e Comércio de Malhas Ltda., em sua defesa e no tocante à Certidão Simplificada, lembrou o pronunciamento do Assessor Jurídico desta Corte de que ela configurava exigência alternativa à apresentação do ato constitutivo, em nada comprometendo o caráter competitivo, posto que foi requerida para todos, não havendo violação ao princípio da legalidade. No pertinente à ausência de planilha com composição de custos, aduziu que o valor unitário da aquisição era vantajoso, tendo a Subsecretaria de Fiscalização e Controle atestado, em seu Relatório, que o preço de R$ 3,69 (três reais e sessenta e nove centavos) estava abaixo do preço médio de mercado, no valor de R$ 8,97 (oito reais e noventa e sete centavos). Aduziu que o Contrato fora executado, não se podendo falar em inexequibilidade. Reconheceu que a planilha não foi juntada aos autos, mas trouxe decisões do Tribunal de Contas da União[6] e do Superior Tribunal de Justiça[7]

---

[6] Acórdão nº 4621/2009, Rel. Min. Benjamin Zymler, 2ª Câmara, Processo nº 008.596/2008-0, julgado em 01/09/09. Tribunal de Contas da União. Disponível em https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight, acesso em 17 de mar. 2016.

[7] REsp nº 728999, Processo nº 2005.00331148, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12/09/06. Superior Tribunal de Justiça.Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2624110&num_registro=200500331148&data=20061026&tipo=5&formato=PDF, acesso em 17 de mar. 2016. E ainda: Mandado do Segurança nº 5.418-DF, Processo nº 97.0066093-1, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção do superior Tribunal de Justiça, julgado em 25/03/98. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700660931&dt_publicacao=01-06-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF, acesso em 17 de mar. 2016.

que entendem ser excesso de formalidade desclassificar licitante com proposta vantajosa diante da ausência do mencionado documento. Colacionou, ainda, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e posicionamento da doutrina e defendeu que não havendo qualquer prejuízo à Administração, deveria ser aplicado o princípio de que não há nulidade sem prejuízo[8].

Quanto à ausência de justificativa dos quantitativos sustentou não ser possível imputar-lhe sanção decorrente de ato que dependia exclusivamente da manifestação da Secretaria. Argumentou, ainda, que agiu de boa fé e, por isso, os atos deveriam ser convalidados ao invés de anulados para não causar prejuízo ao Erário. Requereu que o Contrato fosse considerado válido e reconhecido seus efeitos financeiros.

Também oficiado, o Secretário de Educação juntou documentação enviada pela CONAE que informou, em relação ao Pregão, não ter localizado as propostas detalhadas no processo, porém, defendeu não ter havido prejuízo ao Erário, vez que as propostas mostraram-se vantajosas e abaixo dos valores de mercado e, quanto ao Contrato, que os quantitativos foram baseados nos dados extraídos do Sistema EOL anexando, para tanto, a planilha correspondente. Aduziu, ademais, que cada criança receberia 05 (cinco) camisetas e que o estoque fora descontado em aquisição para o Lote 1, uma vez que a detentora da Ata não teve interesse em prorrogá-la. Acresceu que a Certidão Simplificada da JUCESP tem valor idêntico ao próprio ato constitutivo ou Contrato Social, de acordo com o disposto no artigo 425, inciso II[9] do Código de Processo Civil/2015 reproduzindo artigo 365 – II do texto anterior, e na Lei Federal 8.934/94, que regulamenta o Registro Público de empresas mercantis.

Na sequência, tanto a Subsecretaria de Fiscalização e Controle quanto a Assessoria Jurídica de Controle Externo não se convenceram dos pronunciamentos e mantiveram seus entendimentos pela irregularidade dos Instrumentos, ainda que esta última tenha considerada válida a Certidão Simplificada apresentada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em relação à Certidão Simplificada, concordou com a Assessoria Jurídica desta Casa e acrescentou que a matéria deve ser tratada em consonância com as Leis Federais 8.666/93 e 8.934/94, concluindo pela eficácia da substituição realizada.

Quanto à ausência de propostas detalhadas dos detentores, defendeu não ter havido prejuízo ao Erário, sendo certo que os valores pagos foram inferiores aos da pesquisa de preços. Além disso, asseverou ter sido falha formal devendo, ao menos, serem reconhecidos os efeitos financeiros do Contrato. No que se refere aos quantitativos, aduziu que sua ausência poderia ser, no máximo, objeto de recomendação e não de irregularidade. Argumentou que a Secretaria utilizou-se do EOL (Escola On Line), que é sistema oficial competente

[8] Princípio *"pas des nullité sans grief"*.

[9] Art. 425. "Fazem a mesma prova que os originais: (...) II - os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas".

para o cadastro de alunos das escolas municipais e, assim, mais próximo da realidade da demanda necessária. Além disso, relatou ter havido compensação do quantitativo estocado de aquisição prévia, o que demonstraria planejamento e preocupação com as despesas pela Pasta. Defendeu, por fim, a não aplicação do princípio da acessoriedade ao Contrato e isto em razão da prevalência do interesse público, que existe no caso em questão. Requereu a regularidade dos Instrumentos e, na negativa, a aceitação dos seus efeitos financeiros em nome do princípio da segurança jurídica. Subsidiariamente, na hipótese de irregularidade dos Instrumentos e não reconhecimento dos efeitos, que ao caso não fosse aplicado o princípio da acessoriedade, com reconhecimento independente dos efeitos financeiros, também em nome da segurança jurídica e do tempo decorrido.

Por fim, a Secretaria Geral concordou com os Órgãos Técnicos e opinou pela irregularidade do Pregão e do Contrato em face da falta de detalhamento das propostas e da ausência de justificativa dos quantitativos, silenciando, no entanto, quanto à questão da Certidão Simplificada.

Passo a ocupar-me, em continuidade, do TC 72-001.704.13-98 (Item V), no qual a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou duas irregularidades, a saber:

1) Derivar de Pregão considerado irregular;

2) Ausência de evidência do documento do Sistema EOL (relatório com a quantidade efetiva de alunos matriculados) para justificativa do quantitativo licitado, em afronta ao artigo 2º, inciso IX[10] do Decreto 44.279/03 e ao artigo 15, § 7º, inciso II[11] da Lei 8.666/93.

Observo, no tocante a este item, que as irregularidades encontradas são as mesmas daquelas apontadas no Contrato tratado no TC 866.13-54 (Item IV), embora venham elas com outro embasamento legal, o mesmo se podendo dizer dos pronunciamentos dos Órgãos Técnicos desta Casa e da Secretaria Geral, pelo que me permito não os reproduzir, neste momento, a não ser para informar que opinaram eles pela irregularidade dos Termos, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Contratada R.R. Indústria e Comércio de Malhas Ltda. requereram a sua regularidade.

Por outro lado, o responsável apontado pelas infringências, também chamado nestes autos, Sr. Antônio Cesar Russi Callegari, encaminhou manifestação da CONAE contendo quadro explicativo indicando as aquisições realizadas pelos Contratos firmados e a quantidade a ser adquirida. Ademais, asseverou que os quantitativos foram justificados tanto no processo de Licitação que

[10] Art. 2º. O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: (...) IX - previsão de consumo.

[11] Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) § 7º - Nas compras deverão ser observadas, ainda: (...) II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação.

deu origem à Ata de Registro de Preços quanto no processo de aquisição, tendo a eles sido juntadas as planilhas retiradas do sistema EOL.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Das irregularidades apontadas para o Pregão 40/SME/2011, descritas no TC 866.13-54 (Item IV) afasto, desde logo, a relativa à Certidão Simplificada por entender, em consonância com a Assessoria Jurídica de Controle Externo e com a Procuradoria da Fazenda Municipal, que a sua apresentação tem o mesmo valor do ato constitutivo ou do Contrato Social.

Além disso, como bem pontuou a Secretaria Municipal de Educação, o permissivo decorre do artigo 425, inciso II[12], do Código de Processo Civil/2015, que ao reproduzir o artigo 365 II do texto anterior, prescreve que as Certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas, fazem a mesma prova que os originais. Nada obsta, pois, que a Interessada apresente ato constitutivo/Estatuto Social ou Certidão Simplificada da JUCESP para comprovar sua habilitação jurídica. Acrescente-se, ainda, que como constou de fl. 635 do Relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Habilitação Jurídica das Licitantes foi considerada conforme.

Em relação às propostas detalhadas das detentoras, a Secretaria reconheceu que elas não foram apresentadas. Não obstante, a pesquisa de preços anexada às fls. 43/48 do processo, demonstra que os valores de mercado variando de R$ 6,80 (seis reais e oitenta centavos) a R$ 9,60 (nove reais e sessenta centavos) são maiores do que o preço unitário de R$ 3,69 (três reais e sessenta e nove centavos) adjudicado pelo Lote 2 à Contratada, conforme Relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle. Entendo, então, que, apesar da falha, a aquisição da camiseta pelo valor registrado de R$ 3,69 (três reais e sessenta e nove centavos) não resultou em prejuízo ao Erário, de modo que ela pode ser excepcionalmente relevada.

Já no que se refere ao Contrato 197/SME/2012, também objeto do TC 72-000.866.13-54 (Item IV), acolho os argumentos opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, que ressaltou, apropriando-se das informações da Pasta, quanto aos quantitativos, que a Secretaria utilizou os dados da EOL (Escola On Line), que é sistema oficial responsável pelo cadastramento dos alunos da rede municipal, agrupados em três regiões e em quantitativos aproximados. Assim, o número de camisetas – 05 por aluno – foi calculado com base naquele sistema e levou em consideração, também, o estoque existente. O uso do sistema oficial demonstra, ademais, que a Pasta preocupou-se com o planejamento dos kits, inclusive a partir de experiências passadas e de orientações desta Casa.

[12] Art. 425. "Fazem a mesma prova que os originais: (...) II - os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas".

Observo, ademais, que o tema – quantitativos – foi por mim examinado no TC 72-003.292.11-31, que analisou Representação oposta contra o Pregão 40/SME/2011. Naquela ocasião entendi que a sua fixação com base no número de alunos, tal como disposto no item 2.5 do Edital, mostrou-se adequada. Essa tese foi encampada pelo Pleno que, à unanimidade, julgou improcedente a Representação.

A mesma questão dos quantitativos foi levantada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle no TC 1.704/2013 (Item V), pelo que me permito não reproduzir os motivos do seu afastamento, já que são os mesmos.

Acresço, no entanto, que na hipótese dos referidos autos, sobreveio situação anômala, isso porque, conforme apontado pela Secretaria, diante da não prorrogação da Ata 20/SME/2011 e da impossibilidade manifestada pela detentora da Ata 21/SME/2011 em suprir o material correspondente, firmou-se o Contrato em exame com a empresa detentora da Ata 26/SME/2011, de modo inclusive a evitar-se problema de grande significado. Tal situação acarretou excedente de cerca de 74% (setenta e quatro por cento) do estimado na Ata 26/SME/2011, cabendo, no entanto, lembrar que a contratação dos quantitativos é estimativa, podendo variar para mais ou para menos, como asseverou a Pasta. Demais disso, entendo que esse ponto poderá ser analisado com mais segurança e profundidade no âmbito do Exame da Execução dos Contratos.

Ante todo o exposto, acolho o Pregão 40/SME/2011, conheço da Ata de Registro de Preços 26/SME/2011 e julgo regulares os Contratos 197/SME/2012 e 13/SME/2013 para o fornecimento de camisetas para comporem o kit de uniforme escolar.

Proponho, por fim, ao Conselheiro Maurício Faria que, se assim entender sua Excelência, no âmbito de sua Relatoria, determine a análise da Execução dos Contratos.

(2.880ª S.O.)