TC 72- 001.767.07-60

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SEMPLA. Fornecimento de alimentos *in natura* com solução logística de entrega. Falhas corrigidas. ACOLHIDO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 31, parágrafo único, XVI e art. 101, § 1º, "d"; RITCMSP.

TCs citados: 72.000.156.14-60, 72.001.768.11-09, 72.003.505.06-03

2.731ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 24.09.2014

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que fora concedida ao Conselheiro LUIZ AQUINO FILHO – Revisor à época, na 2.725ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

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 094/2006, uma vez que, como demonstrado, as falhas diagnosticadas foram absolutamente releváveis, exceto aquela que diz respeito às determinações verbais que alteraram as datas de entrega de ovos, a qual, pelas peculiaridades que revestem o processado, foi, em caráter excepcional, considerada igualmente escusável.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar que o processo TC 72.001.768.11-09 deixe de acompanhar estes autos, pois o v. Acórdão nele encartado não interfere nem possui relação com este julgamento, devendo, portanto, ser devidamente arquivado.

ACORDAM, também, à unanimidade, consoante proposta do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que, tendo em vista o valor significativo da contratação, seja feito um acompanhamento contínuo pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal ao longo da vigência deste, bem como que a Escola Superior de Gestão e Contas Públicas Conselheiro Eurípedes Sales realize treinamento para os responsáveis pelas creches conveniadas a fim de que eles garantam a qualidade dos produtos recebidos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, considerando que este acompanhamento foi feito na execução do contrato que já teve o seu curso, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte que faça a verificação do que é possível e, doravante, faça o acompanhamento concomitante da execução, para que se tenha todo o período e possa averiguar a qualidade dos materiais comprados.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, com voto apresentado em separado, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de março de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Por força da Ordem de Serviço nº 6.2.1.0276/07 foi instaurado o presente Acompanhamento da Execução, de modo a verificar se o Contrato nº 094/2006, celebrado entre a Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão e Ceazza Distribuidora de Frutas, Verduras e Legumes Ltda., visando ao fornecimento de alimentos *in natura* com respectiva solução logística para entrega nas unidades atendidas pelo Departamento de Merenda Escolar, foi cumprido conforme o pactuado.

De plano noticio que o Contrato em apreço foi acolhido por esta Corte em 27 de agosto de 2008, nos termos do v. Acórdão encartado no TC nº 72.000.445.07-58.

Consoante relatório de fls. 315/328, elaborado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, foram detectadas as seguintes ocorrências:

a) Utilização de veículos para entrega dos produtos sem prévio conhecimento do DME;

b) Ausência de informação nas etiquetas impossibilitando a conferência quanto à variedade e classificação dos produtos entregues nas unidades;

c) Entregas dos ovos em data diversa da estipulada na Guia de Remessa;

d) Falta de procedimentos, por parte do DME – Departamento de Merenda Escolar -, destinados a garantir que o produto embalado, quando da inspeção na contratada, é o mesmo entregue nas unidades;

e) Inexistência de procedimento para conferência do peso dos produtos fracionados.

Afora tais apontamentos, que, ainda conforme entendimento da SFC, indicariam que o Instrumento não estaria sendo executado a contento, fez a Unidade Auditora, visando ao aprimoramento do sistema de controles, as recomendações que se seguem:

a) Todos os produtos sejam enviados em embalagens fracionadas, nos termos da cláusula 5.3 do Contrato, e em caso de necessidade de encaminhamento de produtos em embalagem de atacado, seja estudada a aplicação de desconto nestes produtos;

b) Implementação de medidas para garantir a inviolabilidade das embalagens;

c) Elaboração de estudos visando implementar nas etiquetas dos produtos entregues logotipo da PMSP, identificando-os como destinados ao programa Municipal de Alimentação Pública.

Ressaltou a SFC, por fim, que o Edital previu quantidades superestimadas para consumo, pois, caso mantido o consumo médio mensal verificado no período de janeiro a maio de 2007, dificilmente seriam alcançadas os volumes previstos.

Determinei a oitiva da Secretaria, que encaminhou a esta Corte as justificativas e esclarecimentos de fls. 339/341, dando conta, em síntese, que:

a) de fato, houve utilização de veículo não cadastrado na DME, fato que ensejou a notificação da Contratada para defender-se. Analisados os argumentos colacionados, foi aplicada a ela penalidade de advertência;

b) a Contratada foi notificada quanto ao uso de etiquetas e rótulos reformulados, que solicitou concessão de prazo para adotar as providências necessárias à implantação dos novos modelos. Em face disso, o contrato original foi aditado, contemplando as alterações nos modelos das etiquetas e rótulos, deixando

de ser aplicada qualquer penalidade, por não configurada a prática de infração contratual;

c) a entrega de ovos em datas diversas das estipuladas na Guia de Remessa deveu-se, de um lado, à implantação de uma nova modalidade logística e, de outro, ao fato de que a Contratada contava com autorização verbal do Diretor do DME para entregas em desconformidade com a Guia de Remessa, mas sempre de forma antecipada, nunca posterior. Diante da autorização mencionada, não foram aplicadas quaisquer penalidades;

d) foi sanada a impropriedade relativa à falta de procedimentos destinados a garantir que o produto embalado fosse o mesmo que o entregue nas unidades, mediante a contratação emergencial de dois engenheiros agrônomos e de dois estagiários para a devida fiscalização do Ajuste;

e) foram adotadas providências para a aquisição de balanças para elidir eventuais diferenças de peso dos produtos entregues fracionados;

f) no tocante às recomendações finais, explicou que nem todos os alimentos a serem entregues são passíveis de fracionamento, sob pena de comprometimento de suas qualidades sensoriais e sanitárias.

Além disso, expôs que no caso de envio de produtos em embalagem de atacado, todos os custos e descontos já teriam sido previstos na elaboração do Edital nº 070/SMG-CGBS-DME/2006, que deu origem à contratação em foco.

Por fim, ainda sobre a s recomendações, elucidou que para garantir a inviolabilidade das embalagens, estas teriam sido realizadas por equipamento pneumático.

Ao examinar as razões da DME, a SFC manteve seu entendimento anterior, no sentido de que o Contrato não estaria sendo executado conforme o pactuado, devendo, ademais, ser apurada a responsabilidade pela alteração contratual de forma verbal quanto às datas de entrega de ovos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 357/364, examinou detidamente o Contrato e demais elementos que instruem o feito, e, pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ressaltou que as impropriedades detectadas ou não interferiram no atendimento dos objetivos pactuados, ou foram adotadas medidas para saná-las.

Realçou, por necessário, que a alteração do ajustado por ordem verbal é vedada, propondo que este Plenário decida quanto à apuração de responsabilidades por tal fato, bem como quanto à suspensão da aplicação de multa pecuniária à Contratada.

Por fim, alvitrou a intimação da empresa contratada, bem como dos servidores envolvidos, em face da eventual apuração de responsabilidades, com o que aquiesci, consoante Despacho de fl. 367.

Em continuidade, foram encaminhadas as defesas da Contratada (fls. 404/415), da servidora Mônica Krauter de Andrade, então Diretora do Departamento de Merenda Escolar (fls.417/456).

A Contratada explanou que as impropriedades detectadas devem ser entendidas à luz do fato de que o Contrato em apreço apresentava mudanças significativas se comparado com os Ajustes anteriormente firmados para fornecimento e distribuição de merenda escolar, ou seja, decorreram de falhas involuntárias ou de Ajustes necessários à efetiva prestação dos serviços sob novos moldes.

Além disso, aduziu que:

a) a utilização de dois veículos sem que o DME tivesse sido informado não passou de mero lapso, vez que a Contratada entendeu necessária a alteração de veículos para melhor atender ao ajustado; por outro lado, a falha significou menos de 2,5% (dois e meio por cento) do universo total de veículos utilizados, situação corrigida tão logo notificada pela Administração, sendo, assim, impertinente a aplicação de multa no valor R$ 458.011,44 (quatrocentos e cinquenta e oito mil e onze reais e quarenta e quatro centavos);

b) no que tange ao problema relativo às etiquetas, esclareceu que no exato momento da ocorrência da auditoria pelo Tribunal estava em operação procedimento para adequar as referidas etiquetas para melhor conferência no recebimento dos alimentos, ressaltando que na data aprazada as etiquetas com nova formatação passaram a ser utilizadas, sendo injustificada a aplicação de multa no valor de R$ 969.301,01 (novecentos e sessenta e nove mil, trezentos e um reais e um centavo), posto que cumpridas as determinações contratuais;

c) as entregas de ovos em dissonância com as datas constantes da respectiva Guia de Remessa foram autorizadas pelo Departamento de Merenda Escolar, e sempre cuidaram de antecipar o fornecimento do produto, com vistas a evitar qualquer tipo de desabastecimento, não tendo sido ocasionado nenhum prejuízo ao Erário pela conduta adotada;

d) descabida imposição das multas mencionadas no Relatório elaborado pela SFC, pois não tendo ocorrido prejuízo, ofendem o princípio da proporcionalidade e significariam enriquecimento ilícito do Erário.

A Senhora Mônica Krauter de Andrade, por sua vez, às fls. 417/456, basicamente repisou os argumentos expendidos pela Secretaria Municipal às fls. 339/341, antes relatados.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC manteve seu posicionamento anterior, ressaltando que o exame da execução contratual é uma foto da situação encontrada no momento, e que a adoção de medidas corretivas não teria o condão de modificar fatos consumados.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo AJCE, por meio do parecer de fls.464/469, acompanhou, a princípio, a SFC, opinando pelo não acolhimento da execução contratual.

Todavia, tanto a Senhora Assessoria Subchefe de então como também o Assessor Jurídico Chefe da época manifestaram-se pelo reconhecimento das falhas havidas, mas, considerando as justificativas apresentadas pela Administração e pela Contratada, apontaram pela acolhida excepcional da execução contratual em apreço.

A Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM, acompanhando a manifestação da Chefia e da Subchefia da AJCE, postou-se pela aprovação da execução contratual.

A Secretaria Geral -SG opinou, por fim, pelo acolhimento excepcional da execução contratual, diante da razoabilidade dos esclarecimentos prestados pela Administração e pela Contratada.

Encerrando a instrução do presente, discorro brevemente sobre a TC nº 72.001.768.11-09, que figura como acompanhante:

O Tribunal de Contas da União – TCU encaminhou a esta Corte cópia do Acórdão nº 3891/2011 – TCU-2ª Câmara, que trata de “auditoria realizada na Prefeitura do Município de São Paulo com o objetivo de avaliar a boa e regular gestão de recursos públicos federais repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, ao Município de São Paulo, nos exercícios de 2009 e 2010”, que guardaria relação com o TC sob julgamento.

Dei ciência do julgado à Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão e à Secretaria Municipal de Educação, e determinei à SFC que se manifestasse a respeito.

O Órgão Auditor concluiu, às fls. 475/477verso do TC nº 72.001.767.07-60, que a decisão do TCU “não abrange os apontamentos relativos ao presente Acompanhamento de Execução Contratual, de forma que não cabe o reexame do processado.”

Por cautela, foi colhido o pronunciamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre o incidente, a qual acompanhou a SFC, no sentido de que o “v. Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União não contém pontos relacionados à execução do objeto contratado...”

É o relatório.

VOTO

Restou inafastado que a execução do Contrato nº 094/2006, no período auditado, apresentou falhas, cujo alcance, para a SFC, seria suficiente para rejeitá-la, ao passo que, para a AJCE, para a PFM e para a SG, apesar das impropriedades detectadas, a execução do Ajuste poderia ser excepcionalmente recepcionada, tendo em conta os esclarecimentos e as justificativas apresentados pela Administração e pela Contratada.

Em verdade, as faltas apontadas pela SFC acabaram sendo corrigidas pela Administração, como demonstrado pelas defesas apresentadas, inclusive aquele de lavra da Contratada, as quais demonstram claramente que:

a) os procedimentos faltosos não se deram por má-fé;

b) todas as condutas foram justificadas, sempre mirando ao efetivo cumprimento do Ajuste;

c) os lapsos detectados foram corrigidos;

d) os fins do ajuste foram atingidos, não tendo ocorrido prejuízo ao Erário.

Ademais, tais elementos devem ser entendidos à luz do contexto em que se materializaram, ou seja, no exato momento em que estava sendo implementada uma nova sistemática de aquisição, preparo e distribuição de alimentos *in natura* destinados à merenda escolar, envolvendo mais de 90 veículos, responsáveis por cerca de 500 entregas semanais.

Assim, mostra-se pertinente invocar para efeito deste julgamento, na forma proposta pela AJCE desde seu primeiro pronunciamento, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a acolher-se a execução contratual em apreço.

Todavia, não entendo que esse raciocínio aplique-se mecanicamente ao fato de o Diretor do Departamento de Merenda Escolar da época ter autorizado verbalmente alteração das datas de entregas de ovos, em relação àquelas consignadas na respectiva Guia de Remessa, pois esse proceder caracterizou aditamento verbal ao ajuste, o que é defeso, nos termos do parágrafo único do artigo 60 da Lei Federal nº 8.666/93, que assim dispõe:

"Art. 60.....

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento."

Entretanto, em que pese, sob o olhar jurídico-formal, tratar-se de medida indiscutivelmente irregular, há de se examiná-la levando-se em conta as implicações que dela decorreram, a fim de que seja aquilatada sua gravidade.

Mais uma vez constata-se que as alterações de data de entrega de ovos determinadas verbalmente, apesar de reprováveis, não trouxeram prejuízo nem ao efetivo atendimento dos objetivos pactuados nem ao Erário, mostrando-se quase irrelevantes quando consideradas a magnitude e a complexidade da execução do Contrato nº 094/2006, ou seja, a conduta inadequada provocou lesão jurídica inexpressiva. Daí, a execução, quanto a esse aspecto, merecer acolhida em caráter extraordinário.

Assim sendo, acolho a Execução do Contrato nº 094/2006, uma vez que, como demonstrado, as falhas diagnosticadas são absolutamente releváveis, exceto aquela que diz respeito às determinações verbais que alteraram as datas de entrega de ovos, a qual, pelas peculiaridades que revestem o presente processado, é, em caráter excepcional, considerada igualmente escusável.

Por tais razões, não entendo necessária a apuração de responsabilidade dos agentes envolvidos na alteração das datas de entrega de ovos verbalmente, pois, *in casu*, não passou de evento insignificante.

O TC nº 72.001.768.11-09 deixa de acompanhar o presente, pois, como exposto no Relatório, que antecede a este voto, o v. Acórdão lá encartado não interfere e nem possui relação com este julgamento, devendo, portanto, ser devidamente arquivado.

É como voto. **(2.725ª S.O.).**

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro João Antonio:

Acompanho o voto do Conselheiro Roberto Braguim e me alinho à sugestão (registrada nas notas taquigráficas) do Conselheiro Domingos Dissei no sentido de determinar aos órgãos técnicos deste Tribunal um acompanhamento contínuo da execução dos contratos de fornecimento de alimentos para a merenda escolar. Além do impacto social de que se revestem esses contratos, seguramente haverá um esforço adicional para sanear as falhas detectadas pela nossa Auditoria.