Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/002337/2008 (Tramitam em conjunto os processos TC/002875/2007, TC/002337/2008 e TC/002338/2008)
Contratante	-	Secretaria Municipal de Gestão/Departamento de Gestão de Suprimentos
Contratada	-	Nestlé Brasil Ltda.
Contrato	-	118/2008/SMG/DME R$ 56.298.000,00
Objeto	-	Aquisição de 6.600.000 quilos de leite em pó integral para o Programa Leve Leite – Plano de Saúde Preventiva Escolar

3.224ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMG. Aquisição de leite em pó integral. Programa Leve Leite. 1. A perpetuação da situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais afronta os princípios da legalidade, moralidade e eficiência. 2. A justificativa para a contratação deve conter a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Dec. Mun. 35.458/95. Art. 2º, I, Dec. Mun. 44.279/03. 3. Violação ao princípio da economicidade ao celebrar contrato por valor, pesquisa de preços e negociação, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002875/2007, TC/000699/2008, TC/002337/2008 e TC/002338/2008, 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 irregular o Contrato 118/2008/SMG/DME, firmado entre a Secretaria Municipal de Gestão com a Nestlé Brasil Ltda. por dispensa de licitação com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, tendo por objeto a aquisição de leite em pó integral – Programa Leve Leite – Plano de Saúde Preventiva Escolar, diante das seguintes irregularidades:

(i) infringência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, diante da não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, perpetuando a situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais;

(ii) infringência ao inciso I do art. 2º do Decreto Municipal 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal 35.458/95, caso os alunos de EMEI continuassem a receber 1 quilo de leite/mês, bem como a justificativa da redução das quantidades contratadas;

(iii) violação ao princípio da economicidade, ao celebrar o Contrato 118/2008/SMG/DME, pelo valor de R$ 8,53/quilo e pela condução da pesquisa de preços e negociação dos valores, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores.

ACORDAM, à unanimidade, em aceitar, excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, tendo em vista que não houve a constatação de sobrepreço pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a qual assinalou que o preço contratado estava de acordo com a média obtida na pesquisa de preços realizada, e considerando ainda o tempo transcorrido, bem como a realização de procedimento licitatório regular para a aquisição de leite em pó integral.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à Secretaria Municipal de Educação e aos interessados, acompanhado de cópias do relatório e voto do Relator e deste Acórdão, para ciência, nos termos regimentais.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e o Conselheiro Substituto LUIZ FERNANDO DE C. PRUDENTE DO AMARAL.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de julho de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator

/affo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA – RELATOR

Processos:	
TC/002875/2007	Análise do Contrato 132/2007/SMG-DGSS-DME (Acompanhante TC/004064/2007: Acompanhamento de Edital de Pregão 73/2007)
TC/002338/2008	Análise do Contrato 002/2008/SMG-DGSS-DME
TC/002337/2008	Análise do Contrato 118/2008/SMG/DME
TC/000699/2007	Denúncia
Interessadas:	Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização e Nestlé Brasil Ltda.
Objeto:	Aquisição de Leite em Pó Integral – Programa Leve Leite e demais Programas de Alimentação

Egrégio Plenário

Relatarei em conjunto os processos que tratam da Análise dos Contratos nºs 132/2007/SMG-DGSS-DME, 002/2008/SMG-DGSS-DME, 118/2008/SMG/DME, firmados pela Secretaria Municipal de Gestão com a Nestlé Brasil Ltda. por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, tendo por objeto a aquisição de leite em pó integral – Programa Leve Leite – Plano de Saúde Preventiva Escolar, e de uma Denúncia apresentada, autuados, respectivamente, nos **TCs 2875/2007, 2338/2008, 2337/2008 e 699/2008.**

O **TC/004064/2007**, que tratou do Acompanhamento do Edital de Pregão 73/07 é acompanhante do TC/002875/2007.

1) TC/002875/2007 – Análise do Contrato nº 132/2007/SMG-DGSS-DME

Em Relatório de Avaliação de Contratação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do Contrato, em razão dos seguintes apontamentos:

> a) Infringência ao inciso I, do art. 2º, do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, a quantidade de latas de leite a distribuir aos alunos de EMEI, caso estes

continuem a receber 1 quilo de leite/mês; e a justificativa da redução das quantidades contratadas[1];

b) Na pesquisa de preços apresentada para justificar o valor da contratação, as propostas de preços não têm a mesma especificação técnica do produto quanto à embalagem e ao peso, o que compromete o resultado da pesquisa realizada.

c) Infringência ao art. 3º da Lei Municipal nº 14.095/05 por não constar consulta ao CADIN no momento da contratação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela caracterização da situação emergencial, diante da justificativa da Origem no sentido de que "as empresas detentoras das Atas de Registro de Preços suspenderam o fornecimento do produto sob a alegação de que os preços registrados estão extremamente defasados, ocasionando o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos", afirmando ainda que a distribuição de leite é de interesse público, pois, para a maioria das crianças envolvidas o leite doado pela Prefeitura é o único que a família tem para o consumo. No entanto, diante dos apontamentos feitos pela Auditoria, propôs a oitiva da Origem[2].

A Secretaria Municipal de Gestão, em breve síntese, informou que: a) o Decreto nº 35.458/95 instituiu, no âmbito da Prefeitura do Município de São Paulo, o Plano de Saúde Preventiva Escolar, com o objetivo de combater a desnutrição alimentar da população infantil que frequente a rede municipal de ensino; b) nos termos do art. 2º do mencionado Decreto está prevista a aquisição e a distribuição mensal na rede física municipal de 2 quilos de leite em pó integral por criança; c) a alteração da forma de distribuição de leite aos alunos de creches e EMEI's de dois para um quilo, foi anteriormente justificada perante o TCM nos esclarecimentos prestados no TC/001998/2006 e consoante apurado nesse processo, o então Secretário Municipal de Abastecimento propôs a alteração da forma de distribuição no programa porque a quantidade de um quilo/mês de leite em pó integral, acrescido o restante da alimentação fornecida naquelas unidades supria 100% dos requisitos diários de proteínas e cálcio para as crianças das creches e 60% para as crianças das EMEI's; d) nos termos do determinado pelo

[1] A Auditoria constatou que a memória de cálculo demonstrando a quantidade contratada segue as determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, o qual determina a distribuição de 2 quilos de leite em pó integral por criança. Porém, o Departamento de Merenda informou, e posteriormente foi constatado nas escolas visitadas que os alunos de EMEI recebem 1 quilo de leite/mês e os alunos de EMEF recebem 2 quilos, não constando do processo memória de cálculo que demonstre o número de crianças atendidas pelo programa e a quantidade de leite em pó que será fornecida para cada criança (fls. 416 dos autos).

[2] Sra. Maria Cristina Lopes Victoriano.

Secretário da SEMAB, e, a partir de então, foi adotado tal quantitativo em todas as Atas de Registro de Preços firmadas a seguir; e) embora a memória de cálculo não tenha, de início, constado do processo de contratação, os dados relativos ao número de alunos beneficiados pelo Programa no exercício de 2007 foi informado pela SME, sendo certo que a entrega do produto era feita de acordo com cronograma pré-estabelecido pelo Departamento de Merenda Escolar e relativamente à quantidade de latas de leite a distribuir aos alunos de EMEI, consoante informações prestadas pelo DME, como a embalagem oferecida pela empresa contratada era de 400 gramas, foram distribuídas 3 latas, totalizando 1kg e 200gramas, por aluno e para os demais alunos, foram distribuídas 4 latas, totalizando 2 kg; f) o estabelecimento de um único tipo de embalagem e respectivo peso poderia reduzir o universo de proponentes, e como o objetivo era exatamente expandi-lo para aumentar o universo de interessados e possibilitar maior competição, com a consequente redução de preço, a pesquisa foi realizada sem a especificação técnica; g) foram apresentadas propostas com especificações técnicas diversas, alcançando-se a redução de preços (R$ 8,55), quando comparados aos preços do Pregão Presencial nº 29/2007, realizado antes da contratação da empresa Nestlé, com ganho real para a Administração Municipal; i) o Pregão mencionado restou prejudicado em virtude da exorbitância dos preços ofertados pelas 3 participantes: Itambé (R$ 11,48 o quilo), Tangará (R$ 11,18 o quilo) e Comercial Milano Brasil Ltda. (R$ 12,43), sendo que pesquisa de preços efetuada em 16/04/2007 apurou o preço médio de R$ 9,34; j) exigiu da empresa uma declaração assinada por seu representante legal de que não estaria inscrita no CADIN e que eventual declaração falsa implicaria punição da empresa.

Posteriormente, foram intimados para apresentação de defesa o ordenador da despesa[3] e o representante legal da Contratada.

A Sra. Márcia Regina Ungarette, ordenadora da despesa, esclareceu que: a) o Decreto Municipal nº 35.458/1995 é ato normativo de manifestação de vontade do Executivo Municipal, com características de medida preventiva, de caráter nutricional e não de decreto regulamentar ou de execução; b) em relação à alteração da quantidade de leite a ser distribuído, apresentou os mesmos argumentos da Secretaria, de que, no ano de 1997, a competência para promoção do Programa Leve Leite coube à extinta Secretaria Municipal de Abastecimento e desde então as sucessivas Administrações Municipais adotaram tal quantitativo em todas as Atas de Registro de Preços que se destinavam à aquisição de leite em pó; c) o

[3] Sra. Maria Regina Ungarette

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decreto Municipal nº 35.458/1995 foi objeto de regulamentação quanto ao quantitativo de leite, com a edição da Portaria 1587/SME/2009; e) pode haver divergência entre o número estimado de alunos para fins de aquisição e a quantidade distribuída do produto, pois só tem direito ao leite aqueles que possuem frequência mínima de 90%, no mês anterior à entrega; f) o Pregão realizado para a aquisição de leite em pó fracassou, daí a contratação em caráter emergencial da empresa Nestlé; g) como a quantidade foi efetuada com o ano letivo em curso, o quantitativo a ser adquirido não poderia ser estimado de acordo com as atas de registro de preços anteriormente em vigor, mas sim com base na média mensal corrente dos beneficiários pelo programa; h) comparando o primeiro e segundo contratos emergenciais, houve um aumento na quantidade contratada de aproximadamente 13%, em decorrência da expansão das vagas na rede de ensino, no entanto, o pagamento é feito de acordo com a quantidade efetivamente fornecida; i) o objetivo da pesquisa de mercado foi encontrar um produto que atendesse a necessidade do Programa Leve Leite e foi elaborada de acordo com o Decreto nº 44.279/03, de modo a aferir o preço unitário por quilo de leite em pó integral, não importando o tipo de embalagem, mas sim a capacidade das empresas em atender a demanda; j) a pesquisa de preços preserva o interesse público, pois o menor preço obtido atendeu aos princípios da eficiência e economicidade; h) ao longo do exercício de 2007, o sistema CADIN estava em fase de implantação, impossibilitando a emissão de certidões negativas e a assessoria jurídica da SMG entendeu, na ocasião, que a apresentação de declaração da Contratada supriria a lacuna da inexistência de um sistema informatizado.

Por seu turno, a Nestlé do Brasil Ltda., alegou que em nenhum momento a Municipalidade se referiu a qualquer especificação que não a constante do Ofício 018/SMG/DGSS-2/2007 e que não foi realizada a comparação entre padrões e apresentação de produtos porque não houve solicitação. No entanto, a embalagem de latas de 400g é melhor que em sacos plásticos pelos riscos de contaminação nos domicílios, sendo que os maiores custos da embalagem metálica são suportados somente pelas empresas. No mais, afirmou que atendeu a todos os requisitos da Administração.

Após análise dos esclarecimentos prestados, a Auditoria manteve as conclusões iniciais pela irregularidade do Contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do contrato ora analisado, por não obedecer aos quantitativos a serem distribuídos por criança determinados pelo Decreto Municipal nº 35.458/95. Neste tocante, afirmou que a

argumentação da Origem de que o Decreto é ato normativo de manifestação de vontade do Executivo Municipal, com características de medida preventiva e não de decreto regulador ou de execução, também não é válida, pois o Decreto não deixa dúvidas quanto à quantidade de leite por criança que deve ser distribuída.

Não obstante, quanto à contratação emergencial reiterou manifestação anterior de que está caracterizada e justificada. Em relação à pesquisa de preço, manifestou-se pela adequação do critério utilizado (preço unitário por quilo de leite em pó), o qual é capaz de justificar a contratação, ainda que numa situação de excepcionalidade. Assinalou também que a incapacidade da contratada de ofertar embalagens que contivessem a quantidade especificada a ser distribuída por criança é infração contida em outra muito maior que é o não atendimento ao art. 2º do Decreto nº 35.458/95, que previa a distribuição de dois quilos de leite em pó por criança.

Por sua vez, a Assessora Subchefe à época, após assinalar que a principal questão remanescente diz respeito à divergência do quantitativo definido pela norma legal para cada aluno beneficiado pelo Programa, o que pode levar ao entendimento de que tal questionamento extrapolaria o objeto destes autos, afirma restar pendente somente a ausência de justificativa para a definição do quantitativo emergencialmente contratado, sendo que tal apontamento, s.m.j, por si só, não seria suficiente para impedir o acolhimento do ajuste, ainda que de forma excepcional.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento do ajuste sob exame, ou, diante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao erário, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes públicos responsáveis, pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A Contratada apresentou manifestação (fls.761/767), na qual reiterou os argumentos já apresentados, salientando que a Administração jamais especificou o tipo de embalagem em que deveria vir acondicionado o leite em pó a ser distribuído nas escolas, sendo certo que não poderia ser ofertado um preço menor pelo produto, pois o custo de retirar o leite das latas para acondicionar em sacos plásticos seria muito maior do que o preço da embalagem metálica. Requereu assim a sua exclusão do polo passivo deste procedimento, uma vez que não deu causa a qualquer ilegalidade.

Como ato contínuo, esta Relatoria indeferiu o pleito da Contratada, pois a sua exclusão do polo passivo inviabilizaria o exercício do controle externo por parte desta Corte de Contas, bem como o desenvolvimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria-Geral opinou pela irregularidade do Contrato nº 132/SME/2020, ressaltando que a quantidade só poderia ser alterada mediante expressa e motivada previsão legal e nunca por Portaria, ou mesmo por processo administrativo.

2) TC/002338/2008 – Análise do Contrato nº 002/2008/SMG-DGSS-DME

Em Relatório de Análise de Contratação, a Auditoria apontou as seguintes irregularidades:

> a) Infringência ao inciso I do art. 21 do Decreto Municipal n° 44.279/03, por não constar da justificativa para contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal n° 35.458/95; a quantidade de latas de leite a distribuir aos alunos de EMEI, caso estes continuem a receber 1 quilo de leite/mês; e justificativa de aumento das quantidades contratadas, em relação à 1ª contratação emergencial (Contrato nº 132/2007/SMG-DGSS-DME).Tais situações já foram objeto de apontamento no TC/002875/2007, que tratou da análise da 1ª contratação emergencial. (item 15. 1);
>
> b) Violação do princípio constitucional da eficiência pela não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, assim como aos princípios constitucionais da legalidade, por restar descaracterizada a hipótese prevista na Lei Federal nº 8.666/93, artigo 24, inciso IV, moralidade e probidade administrativa. (item 15.3)."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por considerar que os apontamentos feitos pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle poderiam conduzir ao julgamento pela irregularidade, propôs a oitiva da Origem[4].

---

[4] A Secretaria Municipal de Gestão foi oficiada na pessoa da Sra. Maria Cristina Lopes Victorino (Chefe de Gabinete à época)

Dessa forma, a Secretaria Municipal de Gestão, após tecer considerações sobre o Plano de Saúde Preventiva do Escolar instituído pelo Decreto nº 35.458/1995, em apertada síntese, alegou que: a) nos termos do art. 21 do DM nº 35.458/95, estava prevista a aquisição e distribuição mensal, na rede física municipal e EMEI's de 2 (dois quilos) de leite em pó integral por criança, sendo que a alteração da forma de distribuição de leite aos alunos de creches e EMEI's de dois para um quilo, foi anteriormente justificada perante o TCM nos esclarecimentos prestados em face do Ofício SSG n° 10261/2008 (TC/001998/2006) e consoante apurado nos autos de processo administrativo, o então Secretário Municipal de Abastecimento propôs alteração da forma de distribuição no programa porque a quantidade de um quilo/mês de leite em pó integral, acrescido do restante da alimentação fornecida naquelas unidades educacionais supria 100% (cem por cento) dos requisitos diários de proteínas e cálcio para as crianças das creches, e 60% (sessenta por cento) para as crianças das EMEI's. b) em pesquisa feita pelo DGSSI, localizou-se contestação desse fato, pelos órgãos técnicos do TCM, somente em 28 de fevereiro de 2008, no ofício acima referido, ou seja, 09 (nove) anos após a adoção de tal prática; c) as quantidades contratadas contemplavam o alcance dos objetivos traçados no Plano de Alimentação do Escolar (Decreto n° 35.458/95), considerando a estimativa de consumo de leite em pó integral para as crianças atendidas pelo Programa; d) na fixação da quantidade per capita de leite em pó, levou-se em consideração o consumo estimado de 1,200 KG para as crianças de creches e EMEI's e de 2Kg para as crianças de creche; e) as estimativas de consumo que justificaram os diferentes contratos não podem ser comparadas, pois foram estabelecidas para atender demandas distintas, retratadas no momento da aquisição e para cumprimento dos fins dos respectivos ajustes: o aumento das quantidades da 1ª contratação emergencial justifica-se na projeção de expansão de vagas da rede escolar (o contrato em tela foi celebrado antes do início do ano letivo e aquele no curso do segundo semestre do ano letivo) e a redução das quantidades da 1ª contratação emergencial em relação as previstas nas atas de RP pode ser explicada pelo fato das quantidades previstas nas atas de RP terem sido estabelecidas para atender não só a demanda de fornecimento em seu primeiro ano de vigência, como ao aumento de consumo do ano seguinte, projetado em razão da expansão das vagas da rede municipal de ensino; f) as quantidades da 1ª contratação foram estimadas sob dados concretos do que efetivamente estava sendo distribuído aos alunos matriculados;) realizada a primeira contratação emergencial, foi aberto novo certame licitatório (Pregão Presencial n° 073/2007); g)

em 17/12/2007, a SMG recebeu o Ofício SSG-GAB n° 9038/2007 do TCM para que se manifestasse a respeito das conclusões do Relatório de Acompanhamento de Edital elaborado por esta Coordenadoria, tendo o Tribunal entrado em recesso, somente reiniciando o expediente em 02/01/2008; h) a resposta aos questionamentos desta Auditoria foi encaminhada ao TCM em 16 de janeiro de 2008 e nessa resposta, a SMG entendeu não haver vício que pudesse frustrar ou macular o certame ou mesmo tornar o procedimento inapto a produzir seus efeitos; i) a autorização do TCM para a abertura do Pregão n° 073/2007 (25/02/2008) foi recebida quando a segunda contratação emergencial já estava em curso (23/01/2008).

Posteriormente, foram intimados para apresentação de defesa, o ordenador da despesa[5] e o representante legal da Contratada.

A Senhora Marcia Regina Ungarete, ordenadora da despesa, apresentou esclarecimentos, alegando, em síntese que: a) o Decreto Municipal que previa a distribuição de 2 kg de leite em pó integral por criança é ato normativo de manifestação de vontade do executivo Municipal, com características de medida preventiva e não de decreto regulador ou de execução; b) no ano de 1997, a competência para promoção do Leve Leite coube à extinta Secretaria Municipal do Abastecimento, que alterou a quantidade para 1kg e desde então sucessivas Administrações Municipais adotaram tal quantitativo em todas as Atas de Registros de Preços que se destinavam à aquisição de leite em pó; c) O Decreto Municipal n° 35.458/95 foi objeto de recente regulamentação pela PMSP quanto ao quantitativo de leite com a edição da Portaria 1587/SME/2009, de 20/02/2009; d) a memória de cálculo demonstrando o número de crianças atendidas pelo programa consta dos autos do processo SMG n° 2007-0.189.205-2; e) não vislumbra a infringência ao art. 2° do Decreto n° 44.279 de 2003, posto que a adequação da quantidade por ato do executivo municipal desde 1997 está consolidada, inclusive através de recente regulamentação; f) quanto ao apontamento feito pela Especializada referente à infringência ao art. 2º do Decreto Municipal n° 44.279/2003 por não constar justificativas para o aumento das quantidades contratadas em relação à 1ª contratação emergencial e às Atas de RP de 2006 e para a quantidade das latas de leite a distribuir aos alunos de EMEI, sempre pode haver uma divergência entre o número estimado de alunos para fins da aquisição e a quantidade efetivamente distribuídas, porquanto só tem direito ao leite aqueles que

[5] Sra. Márcia Regina Ungarette

cumprem o requisito de frequência mínima exigida de 90% no mês anterior à entrega, conforme previsto no art. 3° do DM n° 35.459/95; g) o aumento das quantidades contratadas em relação à adquiridas na 1ª contratação, cerca de 13%, deve ser creditada à expansão de vagas na rede de ensino; h) quanto à quantidade de latas de leite em pó a distribuir aos alunos de creches e EMEI, como a embalagem ofertada pela empresa contratada emergencialmente era de 400 g, foram distribuídas 3 latas totalizando 1 kg e 200 g por aluno/mês e para os demais alunos da EMEF foram distribuídas 5 latas totalizando 2 kg; i) no que concerne ao apontamento referente à violação ao princípio constitucional da eficiência pela não realização de procedimento licitatório, relata que a suspensão do certame *ad cautelam* por este Tribunal, o recesso deste, a resposta daquela Secretaria a esta Corte e, afinal, a autorização dada para prosseguimento, impossibilitaram a realização do certame em tempo hábil.

A Nestlé Brasil Ltda., por sua vez, apresentou defesa contendo os seguintes argumentos: a) a emergência, *in casu*, justifica-se pela proximidade do término do Contrato Emergencial n° 132/2007/SMG-DGSS-DME, ainda durante a suspensão do Pregão Presencial n° 073/2007, por determinação do Exmo. Sr. Relator do TCM do Município e Comunicado da Comissão Permanente de Licitação – CPL 1; b) pela necessidade de se evitar solução de continuidade na distribuição de leite para os alunos da rede municipal de ensino; c) sua participação resumiu-se a responder ao instrumento de Solicitação de Cotação recebido a partir da SMG apresentando a Proposta de Preços, atendendo as exigências das Especificações do Objeto, constantes do instrumento de Solicitação de Preços; d) foi instada a apresentar preço de acordo com a estimativa de consumo mensal fixada em 1.696.840 kg, e assim o fez; e) nunca lhe foi solicitado padrões e apresentações de produtos; f) nunca foi feita esta comparação entre padrões e apresentações de produtos, simplesmente porque isto nunca foi solicitado à Nestlé, no entanto, a apresentação em latas de 400g é evidentemente muito melhor do que em sacos plásticos de um ou dois quilos (o que pode ser comprovado por qualquer dona de casa) e isso é ainda melhor para as crianças e famílias destinatárias dos serviços, sendo certo que tem maiores custos apenas para as empresas. f) partindo do pressuposto que a Administração vai fornecer "até 2 (dois) quilos de leite em pó integral por criança" faz mais sentido que sejam estocados em latas fracionadas; g) houve cumprimento ao conteúdo do disposto no art. 48 do Regimento Interno deste Tribunal; h) a Nestlé agiu pautada na presunção de legitimidade dos atos praticados pela Secretaria Municipal de Gestão Permanente de Licitação – CPL; i) ainda que se reconhecesse

alguma irregularidade da conduta da Secretaria Municipal de Gestão, deve ser reconhecida a boa-fé da Contratada, que, além de não haver concorrido para a arguida irregularidade do contrato, estabeleceu para a contratação preço compatível (inferior até) ao regularmente praticado no mercado, pois o preço de venda por quilo ofertado pela Nestlé é o menor obtido pela Administração Municipal, sendo certo que este certame trouxe inegáveis vantagens para a Municipalidade, até mesmo pelo fracionamento em latas daquilo que validamente poderia ser ofertado em sacos plásticos de um quilo (como já ocorreu no passado).

Ao final, a empresa contratada requereu a promoção de arquivamento dos autos, ou, alternativamente, que seja excluída do polo passivo deste procedimento, uma vez que não deu causa a qualquer ilegalidade.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, após análise das defesas apresentadas, mantiveram as conclusões iniciais pela irregularidade do contrato ora analisado.

A Assessora Subchefe de Controle Externo, a despeito de assinalar que situação emergencial foi criada, na verdade, por desídia da Administração em adotar os procedimentos e ajustes necessários para a nova licitação, sugeriu o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, sem prejuízo das determinações que o Exmo. Conselheiro Relator entender pertinentes. No mesmo sentido, a Secretaria Geral.

Por seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a regularidade dos atos praticados e, alternativamente, ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao erário, bem como por não se vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos responsáveis, pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Consta dos autos ofício da Câmara Municipal de São Paulo, solicitando a instauração de procedimento administrativo para averiguar a legalidade dos sucessivos contratos emergenciais realizados com a finalidade de promover o atendimento do Programa Leve Leite, bem como ofício do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, solicitando informações sobre este processo.

3) TC/002337/2008 – Análise do Contrato nº 118/2008/SMG/DME

Em Relatório de Avaliação de Contratação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela irregularidade do Contrato nº 118/2008/SMG-DME, em razão das seguintes constatações:

a) Infringência ao inciso I, do art. 2º, do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95; a quantidade de latas de leite a distribuir aos alunos da EMEI, caso estes continuem a receber 1 quilo de leite/mês; e justificativa de aumento das quantidades contratadas em relação a primeira contratação emergencial. Assinala que tais situações já foram objeto de apontamento no TC/002875/2007, que tratou da análise da 1ª contratação emergencial e reiteradas no TC/002338/2008, que tratou da 2ª contratação emergencial consecutiva;

b) Infringência aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência administrativa, ao disposto na Lei Federal nº 8.666/93, artigo 24, IV e ao Decreto Municipal nº 44.279/03, artigo 12, pela perpetuação de situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais citados no item "a".

c) Violação do princípio da economicidade, ao celebrar o contrato nº 118/2008/SMG/DME, pelo valor de R$ 8,53/quilo e pela condução da pesquisa de preços e negociação dos valores, adotando-se critérios diferentes, em relação a contratações emergenciais anteriores.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por considerar que os apontamentos feitos pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle poderiam conduzir ao julgamento pela irregularidade, propôs a oitiva da Origem.[6]

A Secretaria Municipal de Gestão após reiterar os esclarecimentos prestados no TC/002338/2008 sobre o Plano de Saúde Preventiva do Escolar, bem como acerca da alteração da forma de distribuição no programa pelo então Secretário Municipal de Abastecimento, esclareceu, em apertada síntese que: a) a contestação sobre a alteração da forma de distribuição do leite pelos técnicos do TCM somente foi verificada em 28/02/2008, ou seja,

[6] Intimação endereçada para Maria Cristina Lopes Victorino – Chefe de Gabinete à época

nove anos após a adoção de tal prática; b) as quantidades contratadas contemplam o alcance dos objetivos traçados no Plano de Alimentação do Escolar; c) na fixação da quantidade per capita de leite em pó levou-se em consideração o consumo estimado de 1,200 kg para as crianças de creche e EMEI's e de 2Kg para as crianças de creche; d) as estimativas de consumo que justificaram os diferentes contratos não podem ser comparadas, pois foram estabelecidas para atender demandas distintas, retratadas no momento da aquisição e para cumprimento dos respectivos ajustes; e) o aumento das quantidades da 3ª contratação emergencial em relação a segunda explica-se na previsão da expansão da rede municipal de ensino, com a inauguração de unidades previstas para o decorrer do exercício de 2008; f) o aumento das quantidades da 2ª contratação emergencial em relação a primeira justifica-se na projeção de expansão de vagas da rede escolar, este último foi celebrado no curso do segundo semestre do ano letivo de 2007, enquanto a segunda contratação emergencial foi realizada antes do ano letivo de 2008; g) a redução das quantidades da 1ª contratação emergencial em relação às previstas nas Atas de Registro de Preços decorre das quantidades estabelecidas para atender não só a demanda de fornecimento em seu primeiro ano de vigência, como ao aumento do consumo do ano seguinte, projetado em razão da expansão das vagas da rede municipal de ensino, sendo que naquela, diferentemente, o consumo foi estimado sob dados concretos de que, efetivamente, estava sendo distribuído aos alunos matriculados, conquanto já estava em curso o ano letivo; h) não houve infringência aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, nem se pode alegar que a Secretaria tenha simulado uma situação de emergência ao longo da vigência dos contratos; i) indicou as razões de cada uma das contratações emergenciais, e, em relação à contratação tratada neste processo, afirmou que o Sr. Prefeito determinou , em 25 de julho de 2008, a alteração imediata do edital do Programa Leve Leite, com a modificação da forma de distribuição do leite, para que os profissionais de educação pudessem dedicar-se, primordialmente, à atividade pedagógica e nesse sentido a SMG ponderou sobre as dificuldades de cumprimento de tal determinação, tendo em vista que essa medida poderia implicar interrupção do fornecimento de leite, pois a contratação emergencial havia expirado em 25/07/2008; j) a autoridade máxima do Município determinou a adoção de todas as medidas necessárias par o fornecimento do leite, sem solução de continuidade e autorizou, em caráter excepcional, a aquisição e contratação do produto em sua totalidade e na quantidade suficiente para o período de 90 dias; k) as empresas Masgovi, Eleva e Tangará ofertaram preços inferiores ao contratado com a empresa Nestlé,

porém, não atendiam a outras condições de fornecimento: prazo de entrega, tipo de embalagem, regularidade do representante legal da empresa; l) a necessidade de embalagem e rotulagem, na forma requerida na pesquisa de preços foi objeto de consulta ao DME, em face do princípio da economicidade, oportunidade em que o Departamento esclareceu que a exigência de embalagem garante que o produto seja de fato consumido pela população alvo e controlado pela Administração; m) a comparação de preços realizada pela Auditoria leva a distorções, pois a retirada de parte do custo resulta, por óbvio, em preço menor se comparado às demais.

Posteriormente, foram intimados o ordenador de despesa à época[7] e o representante legal da Contratada para apresentação de defesa.

A Sra. Malde Maria Vilas Bôas, além de reproduzir as justificativas apresentadas pela Secretaria Municipal de Gestão em 27/02/2009 a respeito do estabelecimento/aumento das quantidades necessárias para o atendimento do Programa, informou que: a) todas as informações pertinentes e necessárias à identificação de seu objeto observaram os dispositivos constantes do Decreto mencionado e constam dos autos, tais como: quantidade total a ser adquirida, estimada em até 6.600.000 quilos de leite em pó integral, para atendimento dos 1.100.000 educandos da rede pública municipal de ensino, destinados ao Ensino Fundamental e à Educação Infantil; relação dos endereços; especificações técnicas do produto a ser fornecido; disponibilidade orçamentária; justificativa para a contratação, com a comprovação de que a situação emergencial enquadrava-se à exceção prevista na Lei de Licitações e Contratos; razões para a escolha do contratado; e cuidadosa pesquisa e inquestionável justificativa do preço ajustado; b) foi titular da pasta no período de 16/06/2008 a 05/01/2009 e que o contrato anterior findaria em 26/07/2008, poucos dias após ter assumido o cargo, quando deparou-se com os estudos de reestruturação do Programa que iriam modificar a distribuição do leite às crianças da rede de ensino municipal e que tais mudanças deveria ocorrer mediante edição de Decreto, por meio do qual o benefício seria concedido por cartão magnético, porém, em 25/07/2008, a Superior Administração entendeu serem necessários mais estudos e alteração do edital proposto pela SME; c) em razão da impossibilidade do cumprimento da nova forma de distribuição do leite, o assunto foi submetido à Administração que determinou a manutenção do fornecimento do leite; d) a deflagração do procedimento licitatório não mais atendia o interesse público por resultar em prejuízos à atividade educacional; e) reporta-se à pesquisa feita pelo

[7] Foi intimada a Sra. Malde Maria Vilas Bôas

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Departamento de Gestão de Suprimentos e Serviços em que nove empresas foram consultadas, sete apresentaram propostas e duas mostraram-se aptas a cumprir as demandas da Municipalidade, tendo sido escolhida a que ofertara o menor preço, ressaltando que este, R$ 8,53, era menor do que a média ofertada na pesquisa que foi de R$ 9,00; f) quanto à embalagem e rotulagem, é fundamental a identificação do produto originário do Leve Leite e de comercialização proibida sob pena de "acabar nas prateleiras de mercadinhos e mercearias da cidade"; g) é absurda a comparação da flexibilização do peso líquido da embalagem oferecida com sua rotulagem, pois a distribuição das três latas por beneficiário garantiu o atendimento da quantidade mínima exigida, não podendo estender essa conclusão às informações do rótulo.

A Contratada, Nestlé Brasil Ltda., esclareceu que: a) a emergência encontra-se justificada no documento acostado às fls. 02/04 do Processo Administrativo nº 2008-0.238.500-8; b) durante a vigência do contrato nº 002/2008, a SMG tomou as providências necessárias para a adequação do Edital do Pregão nº 73/2007 que estava suspenso e concomitantemente, encaminhou ao Sr. Prefeito minuta para alteração do Decreto nº 35.458/95 a fim de aperfeiçoar o Programa Leve Leite e, em face dessa alteração, o edital foi suspenso, pois novo modelo demandaria outra pesquisa de mercado elaborada segundo novas condições e critérios de fornecimento, justificando assim, novo contrato emergencial entre a SMG e a Nestlé do Brasil Ltda., que apresentou melhor preço; c) sua participação no processo de contratação resumiu-se à proposta de preço enviada à SMG e embasada nas informações fornecidas pelo Departamento de Merenda Escolar, com apresentação do preço de R$ 8,53/kg pelo período de 90 dias e em latas de 400g; d) a contratação emergencial se deu pela necessidade de se evitar solução de continuidade na distribuição de leite para os alunos da rede municipal de ensino; e) a comparação entre padrões e apresentações de produtos nunca lhe foi solicitada, sendo certo que a lata de 400g é melhor do que sacos plásticos de um ou dois quilos, e que, se a Administração for fornecer até dois quilos do leite em pó por criança, faz mais sentido que sejam estocadas em latas fracionadas; d) não pode ser imputada irregularidade à Nestlé que não é formadora de atos administrativos e agiu pautada na presunção de legitimidade dos atos praticados pela SMG.

Ao analisar as justificativas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve as conclusões iniciais. No mesmo sentido, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria-Geral.

4) TC/004064/2007 (Acompanhante do TC/002875/2007)

Nestes autos, a Auditoria elaborou Relatório de Acompanhamento de Edital, tendo como objeto verificar o Pregão Presencial nº 073/2007 CGBS promovido pela Secretaria Municipal de Gestão – SMG, para registro de preço para aquisição de leite em pó integral, no qual concluiu pela possibilidade de prosseguimento do certame, desde que atendidas as seguintes condições:

"a) Apresentação de justificativa para a determinação dos quantitativos estimados para a contratação, em atendimento ao disposto no artigo 2.º, inciso I, do Decreto Municipal 44.279/03 (item 3.3.a);

b) Demonstração de que os gastos envolvidos nas entregas das colheres dosadoras são necessários considerando-se os benefícios delas advindos (item 3.3.a);

c) Inclusão de exigência de apresentação de planilha de custos juntamente com a proposta de preços, para clarificar todos os custos componentes da proposta e resguardar a Administração no momento de eventual concessão de descontos na fase de lances, coibindo, previamente, propostas inexeqüíveis (item 3.5.b);

d) Supressão da disposição prevista no subitem 7.14.2.1 do Edital, que exige declaração de responsabilização solidária e de sujeição a visitas técnicas, pelo fabricante, no caso do licitante ser fornecedor do produto, pena de infringência ao parágrafo 5º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93 e ao artigo 1º da Lei Municipal nº 13.278/2002 (item 3.16);

e) Exigência de apresentação de CND-INSS, CRF-FGTS e demais documentos arrolados na Portaria SF n º 14/98, por parte da contratada, como condição prévia à realização dos pagamentos, tendo em vista o disposto no artigo 71, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.20);

f) Previsão de participação ou não de cooperativas e consórcios no certame, haja vista a necessidade de utilização de procedimentos diferenciados, como no caso das cooperativas, onde as propostas deverão ser equalizadas em 15% (item 3.23);

g) Previsão de consulta ao CADIN Municipal, nas Minutas da Ata de Registro de Preços e do Contrato, no momento da lavratura destes ajustes, bem como nos desembolsos a serem efetuados pela Administração em favor da

detentora/contratada, em atendimento à Lei Municipal n.º 14.094/05 e ao Decreto Municipal n.º 47.096/06 (item 3.24);

h) Supressão da redação do subitem 14.3.2, que constitui duplicidade do subitem 14.3.1 (item 3.25);

i) Supressão do subitem 2.8.2 do ANEXO I (fl. 107), mantendo-se a exigência do prazo de fabricação máximo de 90 (noventa) dias do produto a ser recebido pelas unidades, uma vez que, ao se abrir exceções ao prazo supra, corre-se o risco do recebimento de produtos com prazo de validade inadequados, notadamente, pelos quantitativos envolvidos e pelo número de pontos de entrega do produto. Desta forma, evita-se que o consumo pelos alunos se dê fora da data de validade e cause danos de grande magnitude (item 3.26);

j) Inclusão da exigência de que as embalagens primária e secundária do produto reúnam cumulativamente o seguinte: data de fabricação, prazo de validade, data de vencimento, número do lote e identificação do Laudo de análise (item 3.27); k) Previsão de mecanismos de controle que permitam a constatação de que os veículos utilizados para a entrega dos produtos às Unidades são os mesmos que constam no cadastro fornecido pela contratada e se possuem as características exigidas no item 8 do ANEXO I (item 3.28)".

Dessa forma, a Origem foi oficiada para se manifestar acerca das conclusões alcançadas pela Auditoria.

Considerando a ausência de resposta ao ofício enviado, foi determinada a suspensão "ad cautelam" do procedimento licitatório (fls. 244).

Ato contínuo, a Secretaria Municipal de Gestão informou a suspensão *sine die* do certame licitatório.

Na sequência, tendo em vista os esclarecimentos prestados pela Origem, os autos foram remetidos para análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle[8], e em seguida foi autorizada a abertura do Pregão ora analisado.

---

[8] a Auditoria, em manifestação de fls. 262/271, concluiu pela manutenção das recomendações assinaladas nas letras "b", "i" e "k"; pelo atendimento das recomendações descritas nos itens "a", "c", "d", "f", "g" e "h", e pela reformulação das recomendações correspondentes aos itens "e" e "j", da seguinte forma: "e) Exigência de apresentação de CND-INSS, CRF-FGTS e demais documentos arrolados na Portaria SF n º 14/98, por parte da contratada, como condição à realização dos pagamentos, sempre que expirar a validade do documento apresentado

Em atendimento à determinação desta Relatoria para análise do procedimento licitatório, a Auditoria apresentou a manifestação de fls. 289, na qual relacionou as contratações diretas firmadas pela Administração, ressaltando que o Pregão permanecia suspenso.

Assim, foi expedido ofício para que a Origem providenciasse a correção da informação veiculada no sítio oficial da Prefeitura, cujo conteúdo noticiava que o Pregão encontrava-se suspenso por determinação desta Corte, uma vez que em 22/02/2008, foi autorizada a abertura do referido certame, destacando, ainda, que a justificativa para as contratações emergenciais promovidas (Contratos nºs 002/2008/SMG-DGSS-DME e 118/2008/SMG-DME), invoca, de forma equivocada, a suspensão do certame, por determinação desta Corte, dado que à época das contratações o prosseguimento do mesmo já havia sido autorizado.

Ao analisar os esclarecimentos prestados pela Origem, a Auditoria assinalou que: (i) as alterações determinadas no ofício expedido não foram realizadas; (ii) não merecem prosperar as alegações de que na data em que o Contrato Emergencial nº 002/2008 foi autorizado, o certame permanecia suspenso, pois a suspensão do certame foi motivada pela ausência de resposta da SMG ao ofício enviado por este Tribunal e nova manifestação ocorreu apenas em 22/01/2008, quando era iminente a formalização da segunda contratação emergencial; (iii) em relação ao Contrato nº 118/2008/SMG-DME também não deve prosperar a alegação de que seu fundamento residiu na falta de tempo hábil para que o novo edital abrigasse modificações na forma de distribuição do leite, pois não houve alteração do modelo de entrega.

Além disso, tendo em vista a informação acerca da transferência de competência para a Secretaria Municipal de Educação, esta Relatoria determinou o acompanhamento, pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, do encerramento do Pregão 073/2007.

---

anteriormente, tendo em vista o disposto nos artigos 71, § 2º, e 55, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.20); j) Exigência de indicação, nas embalagens primária e secundária do produto, de identificação do lote, data de fabricação e prazo de validade, conforme determina o item 5 da Instrução Normativa nº 22/2005 do Ministério da Agricultura, e previsão da obrigatoriedade de que os laudos de análise laboratorial de que trata o item 6 do Anexo II (fls. 117 e 118) contenham a identificação do lote a que se referem, a fim de que se possa identificar cada produto como parte integrante da amostra analisada (item 3.27)".

Tendo em vista a manifestação da Auditoria às fls. 315, de que a SME publicou o edital de Pregão nº 90/2008, foi determinado que o presente processo passasse a acompanhar o TC/002875/2007.

5) TC/000699/2008

Trata o presente de Inspeção, com o objetivo de apurar a denúncia formulada perante este Tribunal referente à suposta aquisição de leite em pó sem licitação, para o Programa Leve Leite.

Em síntese, o Denunciante assinalou os seguintes pontos: (i) existência de dois contratos, celebrados entre a Prefeitura do Município de São Paulo e a Nestlé do Brasil Ltda., sem a realização de licitação, totalizando R$ 163.794.271,20; (ii) eliminação da concorrência, por parte da Prefeitura, ao excluir as outras empresas do ramo de fornecimento de leite em pó do seu cadastro; (iii) incompatibilidade entre o produto fornecido pela Nestlé e as especificações contidas no leite. Anteriormente adquirido pela Prefeitura[9]; e (iv) exorbitância dos valores envolvidos na contratação do nestogeno 1 e 2, no valor de R$ 22,30 e R$ 19,15 por quilo, respectivamente.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em Relatório de Inspeção apresentou as seguintes conclusões:

> "1. Pela procedência dos seguintes pontos:
>
> a. Falta de planejamento, por parte da SMG, para mitigar a necessidade de celebração de dois contratos emergenciais em sequência, posto que, entre a celebração do primeiro contrato e o presente momento, decorreram nove meses sem a realização de procedimento licitatório que reúna condições de atingir seu objetivo, qual seja, o de possibilitar a contratação do objeto pretendido, em condições mais benéficas à Administração (item 3.3.1);
>
> b. Presença de lecitina de soja na Certidão N.º 0040, emitida no mês de agosto de 2007, compreendido pela vigência do Contrato Emergencial 132/2007/SMG-DGSS-DME (de julho de 2007 a janeiro de 2008) (item 3.3.31.a) e;

[9] Vedação do leite conter lecitina de soja, procedência nacional do produto e não fornecimento de colheres dosadoras.

c. Não ficaram justificadas as alegações da SMG, quanto à exceção de admitir-se entrega do leite contendo lecitina de soja para as três primeiras entregas do Contrato Emergencial nº 002/2008/SMG-DGSS-DME, haja vista que tanto na contratação emergencial anterior, quanto no Pregão Presencial para Registro de Preços nº 73/2007/CGBS, já havia a vedação expressa ao produto conter lecitina de soja (item 3.3.3.1.b)

2. Pela improcedência dos seguintes pontos:

d. Não houve comprovação da alegação da denúncia sobre a eliminação da concorrência, por parte da Prefeitura, ao excluir as outras empresas do ramo de fornecimento de leite em pó do seu cadastro, posto que houve, objetivamente, pesquisa de preços para avaliar a compatibilidade do preço contratado com o mercado, consultando potenciais fornecedores (item 3.3.2.);

e. Em contraponto à alegação da denúncia pela falta de fornecimento das colheres dosadoras no Programa Leve Leite, não há previsão no Contrato Emergencial para este item. Além do mais, ratificamos nosso entendimento consignado no Relatório de Acompanhamento de Edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 073/2007 CGBS, Programa Leve Leite (TC/004064/2007 – fls. 223/240 – item 3.3 a. e 4. b.), onde concluímos que não ficou demonstrada a relação custo/benefício da utilização das colheres dosadoras no Programa Leve Leite (item 3.3.3.3.);

f. Foi infundada a alegação da denúncia sobre a exorbitância dos valores envolvidos na contratação NESTOGENO 1 e 2, no valor de R$ 22,30 e R$ 19,15 por quilo, respectivamente, pois a SMG buscou pautar-se na legislação municipal e federal para a celebração da Ata de Registro de Preços nº 032/SMG-CGBSDME/2007. No entanto, ressaltamos a falta de transparência no acompanhamento da variação do preço do leite, para a celebração do Contrato nº 23/2008/SMG/DGSS/ DME, em 27/02/2008, a teor do Decreto Municipal nº 44.279/03, artigo 34, conforme redação determinada pelo Decreto Municipal nº 46.662/05, artigo 14 (item 3.3.4.); 3. Quanto à procedência nacional do produto, não houve apresentação de provas conclusivas sobre o alegado, por parte da denúncia, nem tampouco pela SMG ou pela fornecedora. (fl. 175) (item 3.3.3.2.)".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo não conhecimento da Denúncia, diante do não preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal, porquanto foi elaborada de forma anônima. Porém a natureza dos fatos narrados na inicial, bem como as irregularidades apontadas no relatório da Auditoria justificam o prosseguimento do processo, sugerindo assim a expedição de ofício à Origem para ciência e esclarecimentos.

Devidamente oficiada, a Secretaria Municipal de Gestão apresentou esclarecimentos[10].

Em breve síntese, a Origem informou que: (i) as contratações decorreram da necessidade imediata de aquisição de leite em pó instantâneo integral para a preservação da continuidade do atendimento ao Programa Leve Leite, considerado um serviço de extrema relevância para a comunidade paulistana; (ii) instaurou Pregão para registro de Preços, o qual foi suspenso por esta Corte, portanto, a celebração dos Contratos Emergenciais nºs 132/2007/SMG-DGSS-DME e 02/2008/SMG-DGSS-DME encontrou suporte de legitimidade na suspensão do Pregão; (iii) a autorização para a aquisição do leite em pó com adição de lecitina de soja deveu-se ao fato da necessidade imediata do produto, com necessidade do uso do estoque disponível pelo fornecedor, diferente do que ocorre quando há procedimento licitatório, situação na qual a empresa contratada dispõe de prazo para iniciar o fornecimento; a lecitina de soja não acarreta prejuízos à saúde, pois é um ingrediente com função emulsionante, ou seja, contribui para que o leite seja mais facilmente dissolvido em água fria, sendo que a proibição tem o objetivo de garantir que a dissolução do leite seja feita com água quente, fervida previamente, visando à qualidade sanitária do produto final; (iv) a ausência de previsão de fornecimento de colheres dosadoras nos contratos emergenciais também deveu-se ao fato da necessidade imediata do produto.

Após análise das justificativas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve as conclusões consignadas no Relatório inicial, acrescentando que a Secretaria Municipal de Gestão firmou o terceiro contrato emergencial para aquisição de leite em pó (Contrato 118/2008/SMG/DME), demonstrando que a Secretaria Municipal de Gestão pratica conduta desidiosa, criando, desmotivadamente, situações de emergência ficta.

---

[10] Sr. Malde Maria Vilas Boas – Secretaria Municipal de Gestão à época

A Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou que os Contratos Emergenciais nºs 132/2007/SMG-DGSS-DME e 02/2008/SMG-DGSS-DME foram realizados de acordo com a legislação vigente e no tocante ao Contrato nº 118/2008/SMG. não havia nada a apreciar, sugerindo a complementação da instrução processual para apuração dos motivos que autorizaram a contratação emergencial. Quanto à presença de lecitina de soja no leite em pó assinalou que a questão extrapola o âmbito de competência da assessoria.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a improcedência da Denúncia.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria-Geral opinou pelo conhecimento da Denúncia, em homenagem ao princípio da primazia do julgamento de mérito, tendo em vista que os autos se encontram devidamente instruídos, bem como pelo interesse público envolvido na necessária apuração dos fatos. No mérito acompanhou as conclusões da Auditoria e opinou pela procedência parcial da Representação, em razão dos apontamentos remanescentes.

É o Relatório.

VOTO

Os processos tratados nos itens 1 a 3 têm por objeto a análise dos Contratos nºs 132/2007/SMG-DGSS-DME, 002/2008/SMG-DGSS-DME, 118/2008/SMG/DME, firmados pela então Secretaria Municipal de Gestão com a Nestlé Brasil, por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 para aquisição de leite em pó integral para o Programa Leve Leite – Plano de Saúde Preventiva Escolar.

Nesses processos, os órgãos técnicos assinalaram diversas irregularidades[11] impeditivas de acolhimento dos ajustes, com destaque especial para a ausência

---

a) [11] Infringência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, diante não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, perpetuando a situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais.
b) Infringência ao inciso I, do art. 2º, do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, caso os alunos de EMEI continuassem a receber 1 quilo de leite/mês, bem como a justificativa da redução das quantidades contratadas;
c) Na pesquisa de preços apresentada para justificar o valor da contratação, as propostas de preços não têm a mesma especificação técnica do produto quanto à embalagem e ao peso, comprometendo o resultado da pesquisa realizada.

de justificativa para caracterizar a situação emergencial.

Nesse sentido, apenas no TC/002875/2007 (item 1) os órgãos técnicos posicionaram-se pela caracterização da situação emergencial, uma vez que à época, as empresas detentoras das Atas de Registro de Preços suspenderam o fornecimento do produto sob a alegação de que os preços registrados estavam defasados, ocasionando desequilíbrio econômico-financeiro.

Nos demais processos, TCs 2338/2008 e 2337/2008 (itens 2 e 3), entre as irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos, consta a não caracterização da situação emergencial, diante da ausência de realização de procedimento licitatório, com a perpetuação de emergência ficta.

A respeito da ausência da caracterização da situação emergencial, importante ressaltar o quanto apurado no TC/004064/2007 (item 4 – Acompanhante) que tratou do Acompanhamento do Edital de Pregão Presencial nº 073/2007. Nesses autos, restou demonstrado que após análise efetuada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Origem foi oficiada para se manifestar acerca dos apontamentos feitos pela Auditoria. Diante da ausência de resposta ao ofício enviado, foi determinada a suspensão "ad cautelam" do procedimento licitatório (fls. 244).

Na sequência, tendo em vista os esclarecimentos prestados pela Origem e a análise efetuada pela Auditoria, foi autorizada a abertura do Pregão.

Não obstante, a Secretaria Municipal de Gestão manteve o pregão suspenso "sine die", tendo esta Relatoria determinado a expedição de ofício para que fosse providenciada a correção da informação veiculada no sítio oficial da Prefeitura, cujo conteúdo noticiava que o Pregão se encontrava suspenso por determinação desta Corte, uma vez que em 22/02/2008, sua abertura foi autorizada.

Dessa forma, completamente equivocadas as justificativas da Secretaria Municipal de Gestão para as contratações emergenciais tratadas nos TCs 2338/2008 e 2337/2008 ao invocarem, inadequadamente, a suspensão do certame por determinação desta

---

d) Ausência de justificativa de aumento das quantidades contratadas em relação à primeira contratação emergencial;
e) Violação ao princípio da economicidade, ao celebrar o contrato nº 118/2008/SMG/DME, pelo valor de R$ 8,53/quilo e pela condução da pesquisa de preços e negociação dos valores, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores.
I- Ausência da Caracterização da Situação Emergencial

Corte, dado que à época das contratações o prosseguimento do mesmo já havia sido autorizado.

Frise-se que na data em que o Contrato Emergencial nº 002/2008 foi autorizado, o certame permanecia suspenso, diante da ausência de resposta da Secretaria ao ofício enviado por este Tribunal e nova manifestação ocorreu apenas em 22/01/2008, quando era iminente a formalização da segunda contratação emergencial.

No que diz respeito ao Contrato nº 118/2008/SMG-DME, também não há como prosperar a alegação de que seu fundamento residiu na falta de tempo hábil para que o novo edital abrigasse modificações na forma de distribuição do leite, pois não houve alteração do modelo de entrega.

Durante a vigência do Contrato nº 132/2007/SMG-DGSS-DME, a Administração ficou inerte diante do ofício encaminhado por este Tribunal acerca do Edital de Pregão que substituiria a contratação emergencial. Com isso, firmou nova contratação emergencial (Contrato nº 002/2008/SMG-DGSS-DME), sendo que no período dessa contratação emergencial também não realizou a licitação, alegando ausência de tempo hábil para que o novo edital contemplasse modificações na forma de distribuição do leite e firmou o terceiro contrato emergencial (Contrato nº 118/2008/SMG/DME).

Essa cronologia demonstra que as contratações emergenciais analisadas nos TCs 2338/2008 e 2337/2008 foram ocasionadas pela desídia do administrador.

> Nesse sentido, Marçal Justen Filho:
>
> Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada "emergência fabricada", em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tenha sido realizada (...)[12].

[12] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 479

II – Inadequação das quantidades distribuídas, em desrespeito ao Decreto Municipal nº 35.458/95

Quanto à falha consistente na ausência da memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, apontada nos três processos ora analisados, de igual forma, impede o acolhimento dos ajustes, senão vejamos.

A Auditoria constatou que a memória de cálculo demonstrando a quantidade contratada seguiu as Determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, o qual determinava a distribuição de 2 quilos de leite em pó integral por criança. Porém, o Departamento de Merenda informou, e posteriormente foi constatado nas escolas visitadas, que os alunos de EMEI recebiam 1 quilo de leite/mês e os alunos de EMEF recebiam 2 quilos, sem que constasse dos processos a memória de cálculo demonstrando o número de crianças atendidas pelo programa e a quantidade de leite em pó fornecida para cada criança.

As justificativas apresentadas pela Origem e pelos responsáveis, de que o Decreto Municipal que previa a distribuição de 2kg de leite em pó integral por criança é ato normativo de manifestação do Executivo Municipal, com características de medida preventiva e não de decreto regulador, bem como o fato de que a quantidade foi alterada em 1997 pela extinta Secretaria Municipal do Abastecimento não merecem prosperar.

À época da contratação, o Decreto nº 35.458/95 estava vigente, e a quantidade de leite em pó por criança não havia sofrido alteração. Dessa forma, a reiterada prática administrativa que modificou a quantidade de distribuição para um quilo/mês não possui o condão de promover uma nova regulamentação da matéria para todas as contratações subsequentes, muito menos de promover a alteração tácita daquele Decreto (impossibilidade normativa).

III – Inadequação da pesquisa de preços

Com relação ao apontado no TC/002875/2008 de que na pesquisa de preços para justificar o valor da contratação, as propostas de preços não têm a mesma especificação técnica do produto quanto à embalagem e ao peso, comprometendo o resultado da pesquisa realizada, os esclarecimentos prestados confirmaram a irregularidade assinalada, no

sentido que as propostas de preços não possuíam a mesma especificação técnica do produto quanto à embalagem e ao peso, o que comprometeu a pesquisa. A alegação de que o estabelecimento de um único tipo de embalagem e respectivo peso poderia reduzir o universo de participantes não elide a irregularidade. Tal falha impediu a verificação quanto à compatibilidade dos preços apresentados, pois a comparação só poderia ser realizada se as propostas contivessem as mesmas especificações técnicas do produto licitado.

A pesquisa de preços tem por objeto a verificação do preço praticado no mercado, portanto, deve comparar produtos homogêneos e equivalentes, sendo incabível estabelecer comparação entre produtos com especificações diversas.

A ausência de justificativa acerca do aumento das quantidades contratadas em relação à primeira contratação emergencial também demonstrou que a Administração não observou as regras aplicáveis à matéria.

IV - Violação ao princípio da economicidade, ao celebrar o Contrato nº 118/2008/SMG/DME, pelo valor de R$ 8,53/quilo e pela condução da pesquisa de preços e negociação dos valores, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores

A Auditoria constatou que na pesquisa de preços realizada, foi obtida a média de R$ 9,00 por quilo do leite. O valor oferecido pela Contratada (Nestlé) foi de R$ 8,53 por quilo do leite. No entanto, três empresas ofereceram preço abaixo do contratado: Masgovi – R4 7,89, Eleva – R$ 8,40 e Tangará – R$ 7,38.

Conforme consta dos autos, apenas a Nestlé respondeu ter condições de oferecer o produto. A Masgovi solicitou prazo para entrega do produto, a Eleva não enviou procuração para credenciar o responsável e a Tangará alegou não ter condições de fornecer o objeto por não dispor das embalagens com o rótulo determinado pela Secretaria, no prazo estabelecido.

Assim, mesmo tendo presente que a Nestlé apresentou o melhor preço, entre as empresas que cumpriram as exigências estabelecidas, observou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle postura contraditória da Secretaria Municipal de Gestão, ao exigir a necessidade de padrão do rótulo do leite, sem flexibilização do prazo para adaptação da fornecedora, mas paralelamente flexibilizou outros elementos, a exemplo, da embalagem

primária do produto, admitindo a utilização de latas contendo 400 gramas, fato que gera distorções nos quantitativos globais.

Além disso, não consta dos autos nenhuma tentativa por parte da Origem em negociar a redução dos preços com a Nestlé, aproximando ou equiparando-os às demais empresas que ofereceram valores inferiores.

De fato, a conduta praticada pela Secretaria Municipal de Gestão demonstra falta de planejamento e inobservância das regras e princípios aplicáveis às contratações. O procedimento especial e simplificado inerente às contratações diretas não significa a desnecessidade de observar formalidades prévias e os princípios fundamentais da atividade administrativa e da licitação.

O comportamento desidioso da Administração, aliás, já se evidenciou com a celebração de três contratos emergenciais sequenciais, sem a realização de procedimento licitatório.

Em razão de precedentes jurisprudenciais desta Corte, relevo a ausência de consulta ao CADIN apontada pela Auditoria no TC/002875/2007.

Por fim, quanto ao TC/000699/2008, que trata de Inspeção para apurar a denúncia formulada perante este Tribunal referente à suposta aquisição de leite em pó sem licitação, em conformidade com as manifestações dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral, julgo-a parcialmente procedente, em razão da constatação dos seguintes apontamentos: (i) falta de planejamento, por parte da SMG, para mitigar a necessidade de celebração de contratos emergenciais em sequência, sem a realização de procedimento licitatório que reúna condições de atingir seu objetivo, qual seja, o de possibilitar a contratação do objeto pretendido, em condições mais benéficas à Administração; (ii) Presença de lecitina de soja na Certidão nº 0040, emitida no mês de agosto de 2007, compreendido pela vigência do Contrato Emergencial 132/2007/SMG-DGSS-DME (de julho de 2007 a janeiro de 2008); (iii) ausência de justificativa quanto à exceção de admitir-se entrega do leite contendo lecitina de soja para as três primeiras entregas do Contrato Emergencial nº 002/2008/SMG-DGSS-DME, haja vista que tanto na contratação emergencial anterior, quanto no Pregão Presencial para Registro de Preços nº 73/2007/CGBS, já havia a vedação expressa à lecitina de soja.

Pelo exposto, julgo irregulares os Contratos nºs 132/2007/SMG-DGSS-DME, 002/2008/SMG-DGSS-DME, 118/2008/SMG/DME, firmados pela Secretaria

Municipal de Gestão com a Nestlé Brasil Ltda. por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, tendo por objeto a aquisição de leite em pó integral – Programa Leve Leite – Plano de Saúde Preventiva Escolar, diante das seguintes irregularidades:

1) **TC/002875/2007** (Análise do Contrato nº 132/2007/SMG-DGSS-DME): (i) infringência ao inciso I, do art. 2º, do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, caso os alunos de EMEI continuassem a receber 1 quilo de leite/mês, bem como a justificativa da redução das quantidades contratadas; (ii) ausências das mesmas especificações técnicas quanto à embalagem e ao peso, comprometendo o resultado da pesquisa realizada.
2) **TC/002338/2008 (Contrato nº 02/2008/SMG-DGSS-DME):** (i) infringência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, diante da não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, perpetuando a situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais; (ii) infringência ao inciso I, do art. 2º, do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, caso os alunos de EMEI continuassem a receber 1 quilo de leite/mês, bem como a justificativa da redução das quantidades contratadas; (iii) Ausência de justificativa de aumento das quantidades contratadas em relação à primeira contratação emergencial.
3) **TC/002337/2008 (Análise do Contrato nº 118/2008/SMG/DME):** (i) infringência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, diante não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, perpetuando a situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais; (ii) infringência ao inciso I, do art. 2º, do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não constar da justificativa para a contratação emergencial a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Decreto Municipal nº 35.458/95, caso os alunos de EMEI continuassem a receber

1 quilo de leite/mês, bem como a justificativa da redução das quantidades contratadas; (iii) violação ao princípio da economicidade, ao celebrar o Contrato nº 118/2008/SMG/DME, pelo valor de R$ 8,53/quilo e pela condução da pesquisa de preços e negociação dos valores, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores.

Mesmo tendo presente as impropriedades dos ajustes, face à confirmação das irregularidades presentes nos autos, nos termos do art. 21 e do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, as consequências jurídicas da decisão, bem como eventual responsabilização dos agentes devem ser sopesadas na presente decisão.

Assim, em relação ao apontamento feito no **TC/002337/2008** acerca do valor do contrato, da metodologia da pesquisa de preços e da negociação dos valores, não obstante o procedimento adotado pela Administração comporte aperfeiçoamento, não houve a constatação de sobrepreço pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a qual assinalou que o preço contratado estava de acordo com a média obtida na pesquisa de preços realizada.

Nesses termos, considerando também o tempo transcorrido, bem como a realização de procedimento licitatório regular para a aquisição de leite em pó integral, aceito, excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes.

No tocante à Denúncia tratada no TC/000699/2007, julgo-a parcialmente procedente.

Quanto ao TC/004064/2007, acompanhante, que teve por objeto o Acompanhamento do Edital de Pregão Presencial nº 73/2007/CGBS, registro que foi suspenso e encerrado pela Administração. Esclareço que o Pregão nº 90/2008 instaurado pela Secretaria Municipal de Educação, em substituição ao Pregão nº 73/2007/CGBS, foi objeto de análise no TC 2865/2008, tendo sido acolhido por este Tribunal.

Dê-se ciência da presente decisão aos interessados e à Secretaria Municipal de Educação, nos termos regimentais.

Plenário Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, 20 de julho de 2022.

MAURICIO FARIA
Conselheiro