EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-002.497.06-41

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular a execução do contrato e não aceitou os efeitos financeiros. Aquisição de Kits Escolares. SME. Rejeitadas as preliminares de ilegitimidade de parte e de prescrição. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 72-002.497.06-41 e 72-002.497.06-41.

2.968ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SME. Aquisição de Kits Escolares. Prazos, condições de fornecimento e pagamento não atendidos. Diretrizes e regras contratuais não atendidas. Multa não aplicada. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEITOS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 62 e 63, § 2º, II e III, Lei 4.320/64. Arts. 54, 61, parágrafo único e 65, II, Lei 8.666/93. Lei 14.126/2005. Art. 14, "h", Lei Mun. 9.167/80. Arts. 5º e 26, Lei Mun. 13.278/02. Art. 26 e 34 Dec. Mun. 44.279/03. Dec. Mun. 46.662/05. Port. 3.588/99. Port. 14/98 SF. Port. 42/99 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Art. 26, IX, "a", RITCMSP.

Relatório e voto englobado TC 72-001.747.06-71**.**

TCs citados: 72-002.888-01-24, 72-003.468.13-08

2.743ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, por adequados aos requisitos regimentais.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em afastar as preliminares de prescrição e de ilegitimidade de parte arguidas pela Senhora Patrícia Dominguez Leme Campoy, por ter sido ela devidamente apontada pelas áreas técnicas desta Corte como responsável pelos atos praticados, não se podendo falar em prazo prescricional, pois o contrato foi celebrado em 29/12/2005, datando a intimação da recorrente de 3/5/2007.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, considerando que a argumentação explanada nos apelos não mostrou aspectos inovadores, limitando-se a reproduzir razões enfrentadas no âmbito da instrução primeira, em negar-lhes provimento, mantendo-se, na íntegra, o V Acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto proferido em separado, deu-lhes provimento para acolher, em caráter excepcional, a execução do ajuste, bem como expediu determinação à respectiva Pasta.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de fevereiro de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento, levado a cabo de forma englobada, Recursos Voluntários interpostos nos TCs assim enunciados:

1) No TC 72-001.747.06-71 (Item II): oferecidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda. contra o V. Acórdão de fls. 154/155, que, por maioria, julgou irregular o Contrato 199/SME/2005, em decorrência de publicação extemporânea de seu extrato, de ausência de pesquisa de preços antecedendo à definição dos valores contratados e por contratação acima dos 26% dos valores constantes da Ata de Registro de Preços 004/SME/05.

2) No TC 72-002.497.06-41 (Item III): apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, Patrícia Dominguez Leme Campoy, Miguel Ângelo Gianetti e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda. contra o V. Acórdão de fls. 940/941, que, por maioria, julgou irregular a Execução do Contrato 199/SME/2005, no valor de R$ 1.991.550,00 (um milhão, novecentos e noventa e um mil, quinhentos e cinquenta reais), pelo não atendimento aos prazos e condições de fornecimento e pagamento do material escolar em causa, por violação ao disposto no artigo 54 da Lei 8.666/93[1], que estabelece diretrizes e regras de elaboração e execução dos contratos administrativos, uma vez que comprovadamente não atendidas, e pela não aplicação de multa à Contratada pela entrega de 3.804 kits escolares sem embalagem individual. Ainda, por maioria, restou decidido, com Voto de Desempate do Vice-Presidente, no exercício da Presidência, não se aceitar os efeitos financeiros decorrentes do Ajuste.

Identificados dessa forma os objetos dos TCs constantes como Itens II e III da minha pauta, permito-me, por questão de método, deter-me na análise sequencial deles, observada a ordem cronológica do julgamento anterior.

Dessa forma, ressalto, de início, que no âmbito do tratado no TC 72-001.747.06-71 (Item II) a Procuradoria da Fazenda Municipal, em seu Recurso de fls. 159/165, alegou, em síntese, que a Secretaria Geral e a Assessoria Jurídica de Controle Externo entenderam ser cabível o acolhimento excepcional do Ato, em razão de inexistência de dano ou prejuízo ao Erário, e que merece prevalecer o Voto Divergente exarado pelo Conselheiro Maurício Faria, que se pautou na esteira do posicionamento daqueles Órgãos, relevando as impropriedades relativas à pesquisa de preços válida à época da contratação e da publicação do extrato do Contrato no tempo hábil. Acresceu que os atos administrativos gozam da presunção de validade e eficácia, pois, em princípio, os agentes públicos os praticam com boa fé, conferindo-lhes certeza e segurança jurídica.

Por fim, ainda no âmbito do TC em foco, requereu o conhecimento e o provimento do Apelo, para que o V. Acórdão recorrido seja reformado e declarado regular o Contrato.

Por sua vez, a Contratada apresentou Recurso, às fls. 172/182, relatando que o valor inicial fixado por kit era de R$ 22,59 (vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos), havendo, ao depois, readequação do valor e não

[1] Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

reajustamento, para R$ 23,72 (vinte e três reais e setenta e dois centavos), e que, após, houve negociação e redução para R$ 23,43 (vinte e três reais e quarenta e três centavos). Sustentou que aceitou ser Depositária Fiel e que entregou todos os kits.

Referiu-se a defesas de representantes da Secretaria Municipal da Educação, apresentadas na fase de instrução do TC em análise, nas quais se alega que a mencionada Ata foi considerada regular pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, e que foi juntada aos autos pesquisa de preços, com valor médio de R$ 31,00 (trinta e um reais), à época. E ainda que as Atas de Registros de Preços são consideradas como estimativas de quantidade, não se aplicando o artigo 65, inciso I, "b" da Lei das Licitações[2], sendo certo que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle citou orçamento da empresa Makwel Comercial, válido por 30 (trinta) dias, com preço superior ao da Contratação.

Reportou-se, também, às intervenções da Procuradoria da Fazenda Municipal, que requeria o acolhimento do Contrato em análise, relevando-se as falhas apontadas por não haver indício de dolo, culpa, má-fé ou prejuízo ao Erário, e do Secretário Geral, à época, que opinou pelo acolhimento excepcional do Contrato por entender que a pesquisa de mercado aproveitada não comprometeu a legalidade da Contratação, uma vez que trouxe correspondência entre o preço Contratado e o vigente no mercado.

Na instrução devida, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterou as constatações anteriores, concluindo pela irregularidade do Contrato, por entender que os Recursos interpostos não possuem o condão de alterar o Acórdão guerreado.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos Apelos e, quanto ao mérito, pela manutenção da r. Decisão por não haver fatos novos nos Recursos capazes de modificar o decidido.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os termos do Recurso por ela apresentado, requerendo seu conhecimento e integral provimento.

De sua parte, a Secretaria Geral orientou-se pelo conhecimento dos Recursos e pelo seu não provimento.

Volto-me ao enfrentamento do TC 72-002.497.06-41 (Item III), no âmbito do qual a Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou Apelo com teor idêntico ao apresentado no TC 72-001.747.06-71 (Item II), cabendo-me, agora, resumir os argumentos nele desenvolvidos que se mostram afetos à própria Execução do Contrato.

Nesse particular a Recorrente considerou que o Voto Divergente foi correto, pois deixou claro que os apontamentos feitos por SFC não

---

[2] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: (...) b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

comprometeram a higidez dos atos aludidos, sendo que um dos problemas apontados foi motivado pela própria Municipalidade, que não dispunha de espaço compatível para armazenar os kits e solicitou à Contratada que figurasse como Fiel Depositária.

Lembrou que a política pública da Administração em fornecer material escolar evoluiu para a compra do kit pronto, todavia, problemas de logística e distribuição surgiram em razão do tamanho da rede de escolas destinatárias dos materiais, bem como da quantidade de kits que deveriam ser distribuídos.

Aduziu que, no início das aulas, há Ajustes a serem feitos na quantidade de alunos por classe e por escola e que somente a experiência para corrigir as distorções que podem surgir na execução de um Contrato com tais características. Por estas razões, considerou escusáveis as adaptações realizadas na Execução do Ajuste.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do Recurso para que seja declarada regular a Execução do Ajuste ou, alternativamente, reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes.

Por seu turno, Patrícia Dominguez Leme Campoy apresentou Apelo alegando, preliminarmente, a ocorrência de prescrição, por ter a Decisão desta Corte ocorrido 9 (nove) anos após os acontecimentos, e ilegitimidade de parte por não ser responsável pelo setor à época dos fatos. Suportou suas razões no Voto proferido pelo Conselheiro Maurício Faria direcionado ao acolhimento excepcional da Execução Contratual e na manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, dando ênfase à ausência de dano ao Erário ou indícios de dolo, culpa ou má-fé por parte dos responsáveis. Ao final, requereu que seu Recurso seja recebido e provido, acolhendo-se a Execução Contratual.

Por sua vez, Miguel Ângelo Gianetti, Coordenador Geral do Núcleo de Ação Educativa, à época, sustentou, em síntese, que, embora não houvesse participado dos atos de recebimento, entrega, liquidação e pagamento dos materiais, mantinha a convicção de que não ocorreu violação aos preceitos legais indicados, tendo em vista que o pagamento aconteceu em 1º.03.2006 e os kits foram entregues em 31.01.2006, conforme documentos encaminhados a este Tribunal.

Continuou afirmando que houve determinação da Chefia de Gabinete de SME para que os kits fossem utilizados no Programa Recreio nas Férias, com finalidade diversa do que foi pactuado originalmente, - Programa São Paulo é uma Escola -, não havendo mácula nesta orientação, pois a Administração tem o poder e o dever de rever seus atos, desde que não extrapolem o interesse público e não acarretem prejuízo.

Ressaltou que a empresa Kalunga concordou em ser Depositária Fiel dos materiais, caminho este adotado pelo Poder Judiciário e outros Órgãos das esferas municipal, estadual e federal. Aduziu que os procedimentos adotados não ocasionaram danos ou prejuízos à Administração, já que não foram

motivados por dolo ou má-fé e não geraram despesas com locação de imóvel para guarda dos kits.

Quanto à entrega dos kits sem embalagem individual, afirmou não caber imposição de multa à Empresa, já que os kits estavam disponíveis e foram desembalados a pedido da Coordenadoria de Educação da Capela do Socorro, portanto, a Contratada não infringiu dispositivo contratual, não podendo ser apenada por eventuais falhas ou vícios administrativos.

Ao final, requereu o acolhimento da Execução do Contrato, bem como de seus efeitos financeiros e patrimoniais. Também a Contratada ofereceu Recurso com teor idêntico ao apresentado no TC 72-001.747.06-71 (Item II), restando-me, nesta oportunidade, desmembrá-lo para informar a parcela tangente à Execução do Ajuste.

Sobre este tema, apontou a existência de oficio datado de 24.01.2016 em que a Municipalidade solicita à Contratada que ela seja Depositária Fiel de kits, pois seus espaços não eram compatíveis, condição esta aceita sem custo adicional, nem cobrança pelo armazenamento. Sublinhou resposta apresentada pela Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Educação, à época, na qual se aponta não haver violação a preceitos legais, pois a liquidação e o pagamento ocorreram em 1º de março de 2006, e os kits foram entregues em 31 de janeiro daquele ano, conforme atestado no verso da Nota Fiscal.

Alegou ainda que cumpriu fielmente as disposições contidas na Ata de Registro de Preços 04/SME/2005, entregando os 85.000 kits e obedecendo às ordens de fornecimentos das Coordenadorias e da Conferência Nacional de Educação – CONAE e que desembalou os 3.804 kits a pedido da Coordenadoria da Capela do Socorro para facilitar o remanejamento dos materiais aos postos destinados ao Projeto Recreio de Férias.

Ressaltou que os materiais foram entregues no prazo e no local disponibilizado pela Administração, não tendo havido qualquer prejuízo ao Erário. Por fim, busca a reforma do julgado.

Por outro lado, Monica Irene Guidi Xavier, Maria Cristina da Silva e Maria Lúcia V. A. A. Tojal e a Contratante, apesar de terem sido regularmente intimadas, deixaram transcorrer "in albis" o prazo assegurado para eventual interposição de Recurso no âmbito do TC em foco.

Na devida instrução, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após análise dos Recursos, manteve suas conclusões primeiras por entender não haver nas alegações apresentadas elementos que possam modificar o Decidido.

Na sequência, a Assessora Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos Recursos e, no mérito, por seu improvimento por considerar igualmente que não há neles elementos novos capazes de alterar o V. Acórdão.

Por sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os termos do Recurso por ela apresentado, requerendo seu conhecimento e integral provimento.

Em remate, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos Recursos, afastando desde logo as preliminares de ilegitimidade de parte e de prescrição arguidas por Patrícia Dominguez Leme Campoy.

Assim concluiu quanto à primeira delas, posto que, ainda na fase instrutória, a área Auditora apontou a responsabilidade da Recorrente. Na segunda, desde que a Apelante foi intimada em 03/05/2007 e o Contrato assinado em 29/12/2005, entendeu aquela Secretaria que a prescrição não deve ser reconhecida.

Nesse tópico trouxe posicionamento do TCU, segundo o qual na hipótese de reconhecimento de prescrição, deve ser aplicado o prazo de 10 anos em relação à apuração e punição do ilícito, mas havendo dano ao Erário, sua apuração não está sujeita a prazo prescricional, aplicando-se o disposto na parte final do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal[3].

No tocante ao mérito, orientou-se pelo improvimento dos Apelos, mantendo-se a Decisão recorrida, face à ausência de razões aptas para modificação do decidido, deixando ressaltado que todos os argumentos presentes nos Recursos foram objeto de consistente análise na fase instrutória dos feitos.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Fiel ao método utilizado no Relatório antecedente, cuidarei da apreciação dos Recursos oferecidos ora em julgamento na sequência lógica de sua apresentação nos autos correspondentes. Inicio, assim, pelo TC 72-001.747.06-71 (Item II), no bojo do qual a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda. interpuseram Recursos contra o Acórdão de fls., que, por maioria, julgou irregular o Contrato 199/SME/2005 pelas seguintes irregularidades: publicação extemporânea do seu Extrato, ausência de pesquisa de preços antecedendo à definição dos valores contratados e contratação acima dos 26% dos valores constantes da Ata de Registro de Preços 004/SME/05.

Nesse universo, desde logo e na esfera da admissibilidade, conheço dos Recursos Voluntários oferecidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda. posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Ultrapassada essa etapa, enfrento o mérito dos Apelos para ressaltar que a Ata de Registro de Preços 004/SME/05, da qual decorreu o

[3] § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento

Contrato analisado, foi tratada no âmbito do TC 72-003.203.05-63 e julgada regular, à unanimidade, por esta Corte de Contas.

Ocupo-me, em seguimento, das irregularidades que desaguaram na declaração de irregularidade do Ajuste e das razões colacionadas na irresignação da Procuradoria da Fazenda Municipal. A publicação extemporânea do Extrato do Contrato configura matéria por mim enfrentada em diversos TCs e conforme manifestei-me nos votos proferidos nessas ocasiões, não é ela causa de invalidade do Ajuste, por constituir falha de natureza formal, podendo ser relevada, consoante, aliás, entendimento pacífico neste Tribunal.

Quanto à ausência de pesquisa de preços antecedendo à definição dos valores contratados, penso que essa falha também pode ser relevada, em razão do curto espaço de tempo decorrido entre a pesquisa utilizada e a assinatura do Contrato, de aproximadamente 2 (dois) meses, cabendo considerar-se também ter sido demonstrada a vantajosidade para a Administração nessa Contratação, pois o menor preço ofertado por kit, naquela pesquisa, foi de R$ 29,40 (vinte e nove reais e quarenta centavos), enquanto o valor unitário contratado foi de R$ 23,43 (vinte e três reais e quarenta e três centavos).

Ademais, consoante bem anotado pela Secretaria Geral, às fls. 132/133, o inciso VI do artigo 34 do Decreto 44.279/03, que impunha a realização de prévia pesquisa de preços em hipóteses tais, teve sua redação alterada pelo Decreto 46.662/05. Assim, pela nova redação do artigo mencionado a unidade responsável pelo Registro de Preços deverá realizar o acompanhamento da evolução dos preços registrados, no objetivo de garantir a vantajosidade das contratações a partir de procedimentos mais céleres. Diante desse cenário, entendo que não se pode concluir pela ocorrência de afronta ao Princípio da Economicidade.

No que concerne à contratação acima dos 26% das quantidades constantes da Ata de Registro de Preços, pontuo que se trata de matéria sobre a qual esta Casa já se posicionou em diversas oportunidades, firmando entendimento no sentido de que a Licitação para utilização desse sistema não define a quantidade a ser adquirida, pois esta somente é estabelecida nos instrumentos contratuais decorrentes, estando a Administração autorizada a contratar quantidades necessárias à satisfação do interesse público, tendo em vista que a característica principal do Sistema de Registro de Preços é a de que a descrição quantitativa do objeto ocorre em termos estimativos e destina-se ao registro de um ou mais preços para futuros contratos de fornecimento, podendo a Ata ser utilizada por vários órgãos da Administração.

Torno ao TC 72-002.497.06-41 (Item III), no âmago do qual foram anexados Recursos Ordinários pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, Patrícia Dominguez Leme Campoy, Miguel Ângelo Gianetti e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda. direcionados à discussão da Execução do Contrato 199/SME/2005. Nesse contexto e em sede de admissibilidade, conheço dos Apelos apresentados, por preencherem os requisitos legais e regimentais.

Em continuidade, na esteira das manifestações da Secretaria Geral, afasto as preliminares de prescrição e de ilegitimidade de parte arguidas por Patrícia Dominguez Leme Campoy, por ter sido ela devidamente apontada pelas áreas técnicas como responsável pelos atos praticados, não se podendo falar em prazo prescricional, pois o Contrato foi celebrado em 29.12.2005, datando a intimação da Recorrente de 03.05.2007.

No enfrentamento do mérito, conforme emerge dos autos, o ponto central das questões envolvidas relaciona-se ao não atendimento dos prazos e condições de fornecimento, pagamento e liquidação antecipada e descumprimento do estabelecido na Cláusula 7.1.5 do Contrato, por desatendimento da Cláusula 1.2.

Nesse contexto, mesmo considerando os argumentos desenvolvidos nos autos e acolhidos no Voto Vencido, tenho para mim que faltou à Contratante atentar para a necessidade do devido e adequado planejamento, sobretudo em aquisições que se apresentam anualmente indispensáveis.

Não se há de olvidar, "in casu", da redação do artigo 66 da Lei 8.666/93, assim expressa: "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial". Assim, cada parte tem o dever de cumprir as prestações que lhe incubem na forma, tempo e local previstos contratualmente, sob pena de aplicação de sanção.

De outra parte, a argumentação explanada nos Recursos não mostrou aspectos inovadores, limitando-se a reproduzir razões enfrentadas no âmbito da instrução primeira.

Frente ao exposto:

1) No TC 72*-001.747.06-71 (Item II) Conheço dos Recursos apresentados, dando-lhes provimento, para julgar regular o Contrato 199/SME/2005, com relevação das falhas apontadas e por não haver, nos autos, indícios de dolo ou má-fé dos agentes públicos ou de prejuízo ao Erário.

2) No TC 72-002.497.06-41 (Item III), com respaldo nas manifestações das Áreas Técnicas, que incorporo:

a) Conheço dos Recursos oferecidos por adequados aos requisitos regimentais;

b) Afasto as preliminares suscitadas por Patrícia Dominguez Leme Campoy;

c) nego provimento a todos os Apelos, mantendo na íntegra o Acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

É o voto.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Conheço dos Recursos em julgamento, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Afasto, de início, a alegada ilegitimidade de parte da recorrente, posto que restou apurada sua responsabilidade pela equipe auditora, conforme registrado às fls. 484 e posteriormente ratificado às fls. 1.003/1003v.

No que respeita à alegação de prescrição da pretensão punitiva, observo que, no caso, tal questão se confunde com o mérito para este julgador, na medida em que já me manifestei pela possibilidade de acolhimento excepcional do Contrato 199/05 e de sua execução, sem atribuição de irregularidade ou apenação.

No mérito, em consonância com voto divergente por mim proferido por ocasião do julgamento original da matéria, reafirmo, ora em grau de recurso, meu entendimento pela possibilidade de **acolhimento excepcional** do **Contrato 199/05**, relevando as impropriedades apontadas acerca da pesquisa de preços válida à época da contratação e da publicação do extrato do contrato no tempo hábil, nos termos do posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, quando da instrução dos processos.

No que respeita ao quantitativo contratado ser superior em 26% ao estimado na respectiva Ata de Registro de Preços, tal aspecto traduz a opção da Administração e, de qualquer forma, não excede o limite legal estabelecido no ordenamento jurídico para o Sistema de Registro de Preços.

Quanto ao **acompanhamento da respectiva execução contratual**, apesar das infringências constatadas, entendo que o ponto central das questões envolvidas (não atendimento dos prazos e condições de fornecimento e pagamento e liquidação antecipada), de fato, está no próprio pedido da Administração à Contratada, formalizado por meio de ofício, onde foi alegado falta de espaço no Almoxarifado da Prefeitura para receber os kits escolares, tornando-a, assim, depositária fiel dos mesmos.

Por isso, entendo que, a causa da problemática existente está na órbita de responsabilidade da própria Municipalidade, em função da ausência de espaço compatível para o armazenamento, não podendo, dessa forma, repercutir na esfera de direitos da Contratada.

No tocante à disparidade entre a dotação orçamentária onerada pela nota de empenho e prevista no Contrato e aquela pertinente ao programa que utilizou os kits, assim como à entrega desses sem embalagem (alegadamente a pedido da Coordenadoria da Educação da Capela do Socorro ao CONAE-31, apesar de não ter sido localizado o referido memorando), entendo que, no contexto em que se encontram, apesar das irregularidades, pode a execução,

excepcionalmente, ser acolhida com determinação à Origem para que, em casos futuros, sejam banidas as práticas administrativas aqui registradas.

Por todo o exposto, voto pelo provimento dos recursos apresentados, de modo **a acolher, em caráter excepcional, o Contrato 199/05 e a sua execução, com determinação à respectiva Pasta nos termos referidos.**

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, de conformidade com o seu relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregular a Execução do Contrato 199/SME/2005, no valor de R$ 1.991.550,00 (um milhão, novecentos e noventa e um mil quinhentos e cinquenta reais), em razão das seguintes irregularidades:

1. inobservância das Cláusulas 4.1, 4.5 e 5.1 por não atendimento dos prazos e condições de fornecimento e pagamento do material escolar objeto do contrato, com ofensa ao que prescrevem os artigos 62 e 63, ambos da Lei 4.320/64;

2. violação do disposto no artigo 54 da Lei 8.666/93, que estabelece diretrizes e regras de elaboração e execução dos contratos administrativos, uma vez que comprovadamente não atendidas;

3. não aplicação de multa à Contratada pela entrega de 3.804 kits escolares sem embalagem individual, descumprindo o estabelecido na Cláusula 7.1.5 por desatendimento da Cláusula 1.2.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que acolheu excepcionalmente o execução do contrato, consoante voto apresentado em separado.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, de conformidade com o seu relatório e voto, e JOÃO ANTONIO – Revisor, votando o Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em deixar de aceitar seus efeitos financeiros.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI que aceitaram os efeitos financeiros.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar que se oficie à Secretaria Municipal de Educação para ciência, com cópia apensada do inteiro teor deste julgado.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida o **TC 1.747/06-71** da análise do Contrato nº 199/SME/2005, celebrado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Educação, e Kalunga – Comércio e Indústria Gráfica Ltda., visando à aquisição de 85.000 kits escolares para Escolas Municipais de Ensino Fundamental - Fund II, com utilização da Ata de Registro de Preços nº 04/SME/2005, tramitando conjuntamente com o **TC 2.497/06-41**, que tem por objeto o acompanhamento da execução desse contrato.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle verificou as seguintes irregularidades em sua análise do Contrato:

1 - a quantidade contratada foi 26% acima da prevista na referida Ata de Registro de Preços. A contratação tinha por objeto a aquisição de 85.000 kits, conforme o somatório das Ordens de Fornecimento emitidas (folhas 44 a 60). Em 25.10.2005 houve a contratação de 268.060 kits, analisada no **TC nº 1.748.06**. Com a soma de ambos os contratos, que possuem o mesmo objeto, chega-se ao total de 353.060 kits, extrapolando o limite da ata (folha 63);

2 - fixado inicialmente o preço unitário dos kits em **R$ 22,59** (vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos), foi reajustado para **R$ 23,43 (**vinte e três reais e quarenta e três centavos), superior às cinco propostas classificadas por ocasião da licitação;

3 - ausência de pesquisa de preços antecedendo a definição dos valores pactuados a fim de se verificar a compatibilidade do novo preço praticado com os de mercado, desatendendo o disposto no artigo 34 do Decreto Municipal nº 44.279/03;

4 - publicação extemporânea do extrato do termo do contrato, o que se choca com o artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02 e o artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93.

Ante tais constatações, concluiu que o referido contrato se encontra formalmente irregular (TC 1.747/06-71 - folhas 61/64).

Determinada a intimação da Ordenadora da Despesa e Signatária do Ajuste (folhas 15 e 39), manifestou-se no sentido de que a majoração do preço final do kit, que passou de R$ 22,59 (vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos) para R$ 23,43 (vinte e três reais e quarenta e três centavos), diz respeito à readequação de preços e não a reajuste, tratando-se de institutos distintos, sendo aquele expressamente previsto na Cláusula 3, item 3.1, da Ata de Registro de Preços 04/SME/2005 (folha 68).

Ponderou ainda que a aquisição dos aludidos kits deu-se no mesmo processo administrativo que adquiriu kits para o Ensino Regular, utilizada a mesma pesquisa de preços em razão do curto espaço de tempo entre uma aquisição e outra, restando demonstrada vantagem para a Administração com tal procedimento. visto que "*o preço médio, por kit, apurado na referida pesquisa, foi de R$ 31,00, enquanto que na aquisição em comento, o preço por kit foi de R$ 23,43*", com o que, entendeu aquela Autoridade, encontrar-se superado esse apontamento.

Referente à contratação de 26% acima da prevista na referida Ata de Registro de Preços, entendeu superada tal anotação ante a existência de acórdão acolhendo contrato cujo objeto foi 236% acima do previsto na Ata de Registro de Preços (TC 2.888-01-24).

Quanto à extemporânea publicação do extrato do termo do contrato, alegou que tal se deu em razão do acúmulo de serviços, sem que se verificasse má-fé tampouco danos à Administração.

Sustentou, por fim, que a obediência à forma na constituição dos atos administrativos não pode levar à interpretação rigorosa, cabendo ser relevada quando o ato atinge seu objetivo e finalidade. Requereu o acolhimento dos argumentos expressos em sua defesa, fazendo anotar que as orientações da área técnica deste Tribunal de Contas serão por ela acolhidas enquanto Ordenadora de Despesa, como também comunicará aos demais agentes da Secretaria Municipal de Educação a respeito das conclusões do relatório de análise e do julgamento final deste processo (TC 1.747/06-71 – folhas 67/70).

Determinado o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para eventual aditamento das suas conclusões ante a defesa apresentada, manifestou-se esse órgão técnico por meio de sua Coordenadoria II

reiterando seu entendimento acerca das irregularidades já apontadas, visto que a resposta da Ordenadora da Despesa e Signatária do Ajuste não trouxe dados ou argumentos capazes de alterar as análises efetuadas e as conclusões alcançadas (folhas 61/64).

Quanto ao argumento de utilização da pesquisa de preços de procedimento anterior, levado a efeito pela Administração, entendeu aquele órgão técnico que tal pesquisa pode não representar o preço de mercado do produto por ocasião da contratação em análise, considerando a inexistência de validade dos preços apurados.

Comentando a resposta da Origem, alusiva à extemporânea publicação do extrato do termo do contrato, afirmou a Coordenadoria II que as explicações dadas não possuem o efeito de justificar a irregularidade, uma vez que tal publicação constitui condição indispensável para a eficácia do contrato, consoante expressa disposição da Lei Federal nº 8.666/93, encartada no parágrafo único de seu artigo 61 (TC 1.747/06-71– folhas 82/83).

Oficiada a Origem para manifestar-se sobre tais anomalias, esta expressamente reconheceu a falta de pesquisa específica antecedendo o Contrato nº 199/SME/2005. Informou, porém, da existência de pesquisa realizada dois meses antes (outubro de 2005), instruindo contrato anterior, e que teria sido aproveitada nessa contratação. Assim, expressou entendimento de que, uma vez efetuada a aquisição pelo preço unitário de R$ 23,43 (vinte e três reais e quarenta e três centavos), a que chegou a anterior pesquisa, o princípio da economicidade teria sido preservado, não obstante a omissão formal verificada (TC 1.747/06-71– folhas 98/103).

Em conclusão, ratificou a Auditoria desta Corte de Contas o entendimento, anteriormente apresentado, de que as justificativas da Origem não contêm base e fundamento legais capazes de afastar as irregularidades que a contratação ostenta, por infringirem, reconhecidamente, os dispositivos de lei acima indicados (TC 1.747/06-71 – folhas 106/110).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em manifestação, aduziu que, embora comprovada e reconhecida a falta de pesquisa de preços específica anterior ao Contrato em exame, não existindo, portanto, proposta válida no momento da contratação, ponderou que transcorreu tão somente um mês do vencimento da proposta de uma das empresas consultadas e a data da assinatura do contrato em exame. Não havendo nos autos, além disso, registro de prejuízos ao Erário. Assim, quanto a esse aspecto do contrato, entendeu "*possível aceitar*" as justificativas da Origem.

Ante a extemporaneidade da publicação do extrato do contrato, embora admitindo a Administração a inobservância do prazo legal, considerou a Assessoria Jurídica que, embora ocorrida fora do prazo, o objetivo da lei "*de dar eficiência ao contrato*" restou atendido com a publicação tardia. Por conseguinte, entendeu que tal irregularidade poderá ser relevada, sem prejuízo da apuração de responsabilidades de quem deu causa ao atraso.

No que se refere à quantidade contratada, efetuada em 26% a mais da quantidade prevista na Ata de Registro de Preços nº 04/SME/2005, entendeu a Assessoria Jurídica que, ao assim agir, não adotou a Origem o procedimento ideal, vez que poderia ter aumentado o quantitativo em 25%, valendo-se de um Termo Aditivo, tendo, na verdade, aumentado 26% por meio de um novo contrato.

Concluiu, no entanto, pelo acolhimento excepcional do Contrato 199/SME/2005, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, não havendo questionamento sobre eventual prejuízo ao Erário ou má-fé da contratada (TC 1.747/06-71 – folhas 119/124).

A Procuradoria da Fazenda Municipal posicionou-se adotando integralmente os termos da defesa apresentados pela Origem, assim como dos agentes públicos responsáveis. Alinhou-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo em suas últimas considerações e requereu o acolhimento do Contrato nº 199/SME/2005, entendendo como regulares os procedimentos, devendo relevar-se as impropriedades apontadas (TC 1.747/06-71 – folhas127/129).

A Secretaria Geral expressou entendimento de que o artigo 34 do Decreto Municipal nº 44.279/03, que previa a realização de prévia pesquisa de preços, de sorte a garantir vantagem econômica da contratação decorrente da utilização de Ata de Registro de Preços, foi alterado pelo Decreto Municipal nº 46.662/05, que passou a estabelecer que a unidade responsável pelo registro de preços promova o acompanhamento da evolução dos preços registrados, com o objetivo de garantir a vantagem das contratações que decorrerem de Ata de Registro de Preços, em substituição à pesquisa de mercado, com a finalidade de tornar o procedimento mais célere e menos burocrático. Com isso, manifestou entendimento de que a alteração legislativa "*atribuiu ao Servidor margem de discricionariedade na repetição da pesquisa de mercado, caso esta, ainda, esteja com valores compatíveis com aqueles praticados no mercado*."

Afirmou, por fim, não ter havido prejuízo ao Princípio da Economicidade, uma vez fixado o valor unitário inferior àquele indicado na pesquisa anteriormente realizada.

Concluiu que o fato de a Administração ter aproveitado pesquisa de mercado anterior à contratação não comprometeu a legalidade do ajuste, já que preservada a correspondência entre o preço contratado e aquele vigente no mercado. Assinalou ainda não haver nos autos dados indicativos de prejuízo ao Erário, muito menos dolo ou má-fé na conduta dos agentes públicos.

Quanto à publicação do extrato do termo do contrato, considerou a Secretaria Geral que, embora fora do prazo, cumpriu sua finalidade, dando publicidade ao ajuste, não havendo, também quanto a isso, lesão ao interesse público.

Referente à quantidade contratada superior em 26% da prevista na Ata de Registro de Preços, entendeu que tal ocorrência deu-se pela falta de planejamento e não por mera imprecisão das estimativas. Sustentou, ademais, que a Administração está autorizada a contratar as quantidades adequadas à satisfação do interesse público, por força do que estabelece o artigo 5º da Lei Municipal nº 13.278/02, combinado com o artigo 26 do Decreto Municipal nº 44.279/03. Não tendo havido dano ao Erário nem dolo ou má-fé do agente público, concluiu que a irregularidade poderá ser relevada, com o que opinou pelo acolhimento excepcional do Contrato nº 199/SME/2005, sem prejuízo de eventuais recomendações.

O **TC nº 2.497/06-41** cuida do Acompanhamento da Execução do Contrato nº 199/SME/2005, com data de 29/12/2005, para fornecimento de kits escolares para o Ensino Fundamental, no valor de R$ 1.991.550,00 (um milhão, novecentos e noventa e um mil, quinhentos e cinquenta reais).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades:

1. liquidação e pagamento antes da entrega completa dos kits escolares, em expressa violação do disposto nos artigos 62 e 63, parágrafo 2º, inciso III, ambos da Lei Federal nº 4.320/64;

2. não cumprimento das Cláusulas 4.1, 4.5 e 5.1 integrantes do Termo do Contrato, uma vez que, dos 85.000 kits escolares adquiridos, apenas 7.999 unidades foram inicialmente entregues, faltando 77.001 kits, entregues mais de dois (2) meses após o prazo de 45 dias úteis, a partir da data de 29/12/2005, conforme Cláusula 4.5 do instrumento contratual (folha 20). Embora documentado que a Contratada figurou como fiel depositária do material faltante, entendeu o Órgão Auditor ter havido infringência a essa cláusula.

Constatou, ademais, a ocorrência de redistribuição das quantidades de kits pelas Coordenadorias de Ensino, sem que houvesse, no entanto, previsões a respeito ou mesmo justificativas formais, consoante quadro elaborado à folha 87 dos autos, dando conta de alterações expressivas, como as verificadas em Guaianazes e Santo Amaro, com diferenças em relação às quantidades inicialmente fornecidas, de 94,52% e 72,03%, respectivamente, indicando "*ausência de planejamento quando da emissão das ordens de fornecimento*" (TC 2497/06-41 – folhas 84/92)

Determinada a intimação dos responsáveis identificados nos autos para apresentação de defesa, manifestou-se primeiramente a Signatária do Ajuste e Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Educação (folhas 09/26) que, após comentar falhas na elaboração do contrato, sustentou, quanto à falta de cronograma de distribuição, que os 85.000 kits "*não se destinaram ao **Ensino Regular**, pois essa aquisição já havia sido efetuada, sendo que os mesmos seriam utilizados no Programa São Paulo é Uma Escola*." Com isso, a Administração solicitou à Contratada o armazenamento, sob a responsabilidade desta e sem ônus para o Município, dos materiais adquiridos a fim de que fossem distribuídos oportunamente, sem que tal procedimento tivesse redundado em prejuízos ao interesse público.

Alegou, ainda, a Signatária do Ajuste que deixou o cargo de Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Educação no início de abril de 2006, quando a nova Administração decidiu utilizar os kits em outro programa (Programa Recreio nas Férias), o que, segundo argumentou, não teria igualmente ocasionado qualquer irregularidade.

Assim, os 85.000 kits adquiridos sofreram uma reprogramação de distribuição, entregues que foram em locais diversos daquele indicado na ordem de fornecimento, e encaminhados da seguinte forma:

- 7.999 para unidades escolares para suprir deficiência de grades, matrículas novas e outras ocorrências;

- 77.001 para o Programa Recreio nas Férias, que teve início em 10/7/2006.

Em conclusão, alegou não ter havido má-fé ou dolo em tal procedimento, o que tampouco gerou prejuízos para a Administração, com o que requereu o acolhimento de suas razões de defesa (TC 2497/06-41 – folhas 97/101).

O Coordenador Geral da Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa - CONAE-G, da Secretaria Municipal de Educação, em resposta à intimação recebida desta Corte, frisou que a competência para realizar despesas, e/ou liquidá-las, encontra-se delegada à Chefia de Gabinete através da Portaria 3.588/99, prevendo procedimentos para compra de materiais, os quais foram adotados na aquisição dos já referidos 85.000 kits escolares.

Enfatizou que não exerceu qualquer ingerência, manifestação ou interferência nas providências para aquisição dos referidos kits, vez que os processos de liquidações e pagamentos "*são instruídos no setor de Suprimentos que atesta o recebimento, a conformidade do objeto e outras providências, com trâmite direto para o Setor de Contabilidade que analisa a regularidade contábil, fiscal, previdenciária e trabalhista, para então processar a liquidação*".

Em essência, repetiu as razões articuladas pela autoridade anteriormente manifestada, ressaltando não ter havido infringência a norma legal nenhum dos procedimentos envolvendo a mencionada aquisição dos kits escolares, tampouco prejuízos à Administração, razão pela qual requereu o acolhimento dos termos de sua defesa (TC 2497/06-41 - 150/159).

A Chefe de Previsão de Materiais da Secretaria Municipal de Educação (folha 04), devidamente intimada, alegou, de início, que a aquisição dos referidos materiais escolares ocorreu sob a responsabilidade da anterior chefia do setor de Suprimentos. Ao assumir o cargo, já havia a determinação da Superior Administração de distribuir os 85.000 kits aos alunos integrantes do Programa "São Paulo é Uma Escola".

Diante disso, oficiou a Contratada para armazenar os materiais, como fiel depositária, até a efetiva remessa para aquele Programa, a fim de "*resguardar o interesse Público e preservar SME de desperdício e gastos desnecessários*".

Requereu o acolhimento das razões de sua defesa (TC 2497/06-41 – folhas 218/220).

Sobre as defesas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterou o quanto já havia afirmado, ou seja, a efetiva entrega do material contratado somente ocorreu, na quase totalidade, após o pagamento do valor total dos kits e que não foram respeitadas as especificações estabelecidas no contrato.

Reafirmou que a liquidação da despesa não guarda relação com o total pago, considerando que o quantitativo de kits efetivamente entregues até a data do pagamento, 31/03/2006, corresponde a 1.349, representando em relação ao total de 85.000 kits tão somente 2%, aproximadamente. Por ocasião do pagamento dessa despesa, a autoridade intimada encontrava-se no cargo de Chefe de Gabinete, já que sua saída ocorreu no início de abril de 2006. E, conforme informação dada pelo intimado Miguel Ângelo Gianetti, a competência para realizar despesas, e/ou liquidá-las, encontra-se delegada à Chefia de Gabinete ante o previsto na Portaria 3.588/99 (folhas 401).

Considerou, ainda, o Órgão Auditor ter ocorrido falta de planejamento diante da inadequação entre a real necessidade dos materiais adquiridos e os quantitativos e o cronograma de distribuição, o que o levou a afirmar: "*Em que pese a entrega dos materiais, realizada na quase totalidade, 6 meses após a data da assinatura do respectivo ajuste, entendemos, s.m.j., que ocorreu à revelia do presente contrato*" (folha 401/verso).

Entendeu persistir injustificada a inobservância da Cláusula 4.1. do instrumento contratual, ou seja, falta de cronograma de distribuição dos aludidos kits, e com prazo para entrega dos materiais igualmente não respeitado (Cláusula 4.5.).

Fez notar, por fim, que as respostas aos esclarecimentos e providências determinadas pelo despacho de folhas 353/357, relativos aos quesitos 01 a 10, e dirigidos ao Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Educação, não trouxeram dados capazes de esclarecer as questões suscitadas (TC 2497/06-41 – folhas 399/405).

Cumpridas as determinações exaradas no despacho de folhas 407, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em nova manifestação, reiterou suas apreciações anteriores, reafirmando a irregularidade da execução do Contrato nº 199/SME/2005 em razão das constatações anteriormente indicadas e acrescidas por novos dados (TC 2497/06-41 – folhas 482/489).

Intimados os agentes públicos responsáveis pela execução contratual em exame para que se inteirassem da análise de folhas 399/405, como também do relatório complementar de folhas 482/489, elaborados pela Auditoria deste Tribunal, manifestaram-se, inicialmente, a Chefe de Seção Técnica, lotada e em exercício na Secretaria Municipal de Educação, e a servidora integrante dos Serviços Técnicos Educacionais, lotada na Escola Municipal de Ensino Fundamental Fazenda da Juta A, em exercício na Secretaria Municipal de Educação/Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa - CONAE, cujos argumentos equivalentes, em síntese, foram os seguintes:

Que a participação de ambas nos episódios narrados no presente processo "*limitou-se à subscrição do verso de uma nota-fiscal, por determinação de sua chefia, declarando o recebimento dos materiais constantes da referida nota*" (folhas 501 e 509) e que, no exercício de funções subalternas, alegam que não se enquadram na classificação de ordenadoras de despesas, já que tão somente cumpriram "*uma determinação oriunda de uma situação definida como de extrema urgência pela sua chefia. Na orientação então recebida não viu motivos para duvidar da legalidade e regularidade do ato praticado*" (folhas 501 e 509). Com isso, requereram ambas a exclusão de seus nomes do presente processo, não se considerando responsáveis por eventuais irregularidades.

No mérito, sustentaram que a necessidade da contratação pela Ata de Registro de Preços teria sido constatada em 28 de dezembro de 2005, tendo sido o contrato assinado em 29 de dezembro de 2005, onde se previa que a dotação orçamentária seria onerada por mais dois dias. No que diz respeito às ordens de serviço, foram elas emitidas e entregues em 29 de dezembro de 2005, sendo previsto prazo de entrega de até 30 dias úteis da retirada da ordem, o que teria acarretado a entrega efetiva dos produtos somente no exercício seguinte.

Informaram que o cancelamento da dotação ocasionou o retardamento da entrega do material aos alunos e que, portanto, se teria cogitado do armazenamento do material adquirido em um depósito para posterior redistribuição, dentro do prazo estabelecido nas ordens de fornecimento. Como não havia depósito público disponível no âmbito da Secretaria Municipal de Educação - SME/CONAE, a contratada assumiu o encargo mediante compromisso de fiel depositária (folha 507), o que permitiu a liberação do pagamento e evitado atraso na entrega do material aos alunos.

Expressaram entendimento de não se aplicar ao vertente caso o disposto nos artigos 62 e 63, parágrafo 2º, inciso II, da Lei Federal nº 4.320/64, já que suas assinaturas como signatárias do verso da aludida nota fiscal somente foram dadas com a entrega do material ao depositário comprometido com a Administração contratante. Não foram, assim, autoras nem mentoras da solução jurídica dada ao caso, tampouco autorizadoras da despesa, ante o que requereram, na hipótese de não serem excluídas do rol dos servidores responsáveis pelas práticas de eventuais irregularidades, que seja considerado justificado e regular o único ato por elas praticado, isentando-as de qualquer imputação (TC 2497/06-41 – folhas 500/504 e 508/512).

Respondendo à intimação para aditamento de suas defesas, os servidores representantes da Secretaria Municipal de Educação, Signatária do Ajuste e Chefe de Gabinete, o Coordenador Geral de CONAE-G e a Chefe de Previsão de Materiais, em manifestações, com teores análogos, alegaram não ter havido infringência às cláusulas 1.2, 4.1, 4.5, 5.1 e 7.1.5 do Termo do Contrato, pois o redirecionamento dos 77.001 kits a outro programa, diverso do contratado inicialmente, teria sido efetuado com correção, transparência e devidamente documentado.

Juntam documento de folha 544 atestando que a Contratada entregou todo o material em 22 dias úteis, dentro do prazo previsto de 45 dias úteis a partir da retirada da ordem de fornecimento, que se deu em 29/12/2005. Informaram que o pagamento teria ocorrido em 31/03/2006, após a data prevista de 01/03/2006, dado o acúmulo de processos a liquidar.

Afirmaram ainda não ter havido violação dos artigos 62 e 63, parágrafo 2º, III, da Lei Federal 4.320/64, já que a liquidação e pagamento teriam se efetuado em 01/03/2006 e a entrega dos kits em 31/01/2006. Ocorreu, apenas, que os kits foram destinados ao Programa Recreio nas Férias, que aconteceu em julho de 2006, e a empresa Kalunga assumindo a condição de fiel depositária desse material. Afirmaram que os procedimentos adotados não ocasionaram quaisquer danos ou prejuízos para a Administração, pois não foram motivados por dolo ou má-fé e não geraram despesas com locação de imóvel para a guarda dos kits (folha 523).

Por outro lado, admitiram não existir ato administrativo determinando que os 77.001 kits escolares fossem redirecionados, que a necessidade de tal providência teria passado despercebida pelo fato de os setores de Finanças e Contratos estarem na ocasião assoberbados de serviços.

Alegaram, por fim, que a ordem de fornecimento foi substituída pela planilha de redistribuição assinada pelo responsável pelo setor de suprimentos à época, tendo sido encaminhadas cópias dessa planilha à empresa Kalunga e às treze Coordenadorias de Educação.

(TC 2497/06-41 – 522/530, 579/587 e 627/635)

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, acerca das justificativas da Origem, manifestou-se por meio de amplo e minucioso relatório, contendo as seguintes apreciações:

1. Não atendimento dos prazos e condições de fornecimento

Na conformidade da Cláusula 4.5 do Contrato, o prazo de entrega dos referidos kits é de 45 dias úteis, contados do recebimento da ordem de fornecimento pela Contratada.

As ordens de fornecimento foram retiradas pela Contratada em 29/12/2005 (folhas 29/45), com o que se percebe que as Notas Fiscais datadas de 13/4/2006 em diante, conforme planilha de controle de entrega dos kits (folha 723),

indicam mercadorias entregues após o prazo determinado, em desacordo com a Cláusula 4.5 do Contrato.

Nos termos do Contrato (Cláusulas 4.1 e 4.5 – folhas 19/20), os kits deveriam ter sido entregues nas unidades escolares da rede municipal em 45 dias úteis, contados da data de 29/12/2005, o que não ocorreu, conforme evidenciam as notas fiscais de folhas 48/70, 365/378 e 554/566. Tivesse a Administração considerado que a entrega dos kits devesse ser efetuada de forma diversa da prevista inicialmente no contrato, caber-lhe-ia providenciar a devida alteração contratual, como também a devida formalização do depósito com a Contratada.

Reitera suas conclusões anteriores, ou seja, o Contrato nº 199/2005 apresenta-se irregular, dado o não atendimento dos prazos e condições de fornecimento e pagamento, em infração às cláusulas 4.1, 4.5 e 5.1.

2. Liquidação e pagamento antes da entrega efetiva dos kits escolares

Além do recebimento tardio dos kits, o pagamento à Contratada foi efetuado antes da completa entrega dos kits nas unidades escolares, com infração à cláusula 5.1 do Contrato (folha 20).

O expediente de fazer da Contratada fiel depositária não afasta a mora verificada no atraso do recebimento dos kits; o pagamento ocorrido em 31/03/2006 foi efetuado antes da regular liquidação da despesa, em infração ao artigo 62 da Lei Federal nº 4.320/64. Além disso, a regular liquidação da despesa deveria estar assentada nos comprovantes de entrega dos materiais e pela nota de empenho, na conformidade do estabelecido em contrato.

Houve, assim, irregularidade da execução contratual ante infringências aos artigos 62 e 63, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 4.320/64.

3. Do recebimento da totalidade dos 85.000 kits no verso da Nota Fiscal nº 78426.

Configurada está a responsabilidade das servidoras Patrícia Domingues Leme e Maria Cristina da Silva, que atestaram o recebimento dos 85.000 kits no verso da NF nº 78426, não obstante a alegação de não estarem cientes do contexto envolvido no ato por elas praticado.

4. Da ausência do ato administrativo que determinou o redirecionamento dos 77.001 kits

Como admitiram as autoridades responsáveis, não há no processo administrativo autorização para o redirecionamento do material adquirido para o Programa “Recreio nas Férias”.

Segundo esclarecimentos da Origem, os 7.999 kits foram entregues diretamente às Unidades Escolares para atendimento das matrículas novas, grades incompletas fornecidas pelas escolas, evasão escolar e os 77.001 kits restantes foram distribuídos nas Coordenadorias de Educação para uso no programa "Recreio nas Férias", sem que houvesse ato administrativo determinando tal redirecionamento.

5. Da ausência de ordem de fornecimento referente aos 77.001 kits

Considerou demonstradas as ordens de fornecimento dos 77.001 kits, retificando assim parecer anterior a esse respeito.

6. Da ausência de registro da data e/ou da identificação do responsável pelo recebimento dos kits nas Notas Fiscais nºs 114514, 114420 e 114422

Embora sendo possível identificar os dados dos servidores que receberam os kits referentes às Notas Fiscais nº 114514 (folha 367 e 378), 114422 (folha 556) e 11420 (folhas 447 e 660), o recebimento atestado não serve para a comprovação válida e suficiente da entrega dos kits escolares em conformidade com o contrato, pois não se deu de acordo com a Portaria da Secretaria de Finanças que normatiza a respeito.

Os 3.804 kits referentes à Nota Fiscal nº 114514 não foram entregues em embalagem individual, contrariando a cláusula 1.2 do Contrato nº 199/2005.

7. Do órgão responsável pela coordenação do Programa "Recreio nas Férias"

Há informação da Origem (folhas 526, 583 e 631), como também da servidora Mônica Irene Guidi Xavier (folhas 547/548), de que a Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal da Educação à época teria optado pelo redirecionamento dos 77.001 kits restantes ao programa "Recreio nas Férias." Estaria assim demonstrado que a decisão do referido redirecionamento partiu dessa Chefia de Gabinete, e não dos órgãos responsáveis pelo programa.

8. Do responsável pelo oferecimento de material pedagógico/material utilizado

Partindo das informações prestadas pela Origem, a responsável pelo oferecimento do material pedagógico utilizado no Programa "Recreio nas Férias" foi a Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Educação à época, especialmente diante dos documentos anexados às folhas 552/553.

9. Da disparidade entre a dotação orçamentária onerada pela Nota de Empenho e prevista no Contrato e aquela pertinente ao programa que utilizou os kits.

Reiterou a Especializada o quanto já havia afirmado em parecer anterior, ou seja, no exercício de 2006 havia dotação orçamentária específica para o programa “Recreio nas Férias” e que esta foi utilizada para distribuição da quase totalidade dos 85.000 kits (exatamente 77.001 kits), havendo disparidade entre a dotação orçamentária onerada pela nota de empenho, e prevista no Contrato, e aquela pertinente ao programa que utilizou os kits, em infração à Lei Orçamentária de 2006 (Lei nº 14.126/2005) e à Portaria nº 42/99 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

10. Do termo de fiel depositário

As manifestações da Origem não trouxeram dados novos suscetíveis de alterar o que restou constatado acerca de não ter ocorrido lavratura de um instrumento de depósito firmado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e a Kalunga, capaz de gerar direitos e obrigações.

11. Quanto à ausência de consulta ao almoxarifado por ocasião da lavratura do Contrato.

A própria Origem reconheceu não ter havido consulta ao almoxarifado por ocasião da lavratura do Contrato, alegando não haver ali espaço para receber os kits, já que essa dependência da Administração abrigava na época bens e mercadorias necessários ao cumprimento do Compromisso de Ajustamento, então firmado com o Ministério Público do Estado de São Paulo (folhas 570/578), muito embora não apresentassem comprovações de tal situação.

12. Quanto à ausência de planejamento prévio à lavratura do Contrato para utilização dos 85.000 kits

A Origem admitiu a ausência de planejamento para a utilização dos 85.000 kits previamente à lavratura do Contrato.

13. Quanto aos responsáveis pelo recebimento/conferência de cada um dos lotes de kits escolares, em toda a sua cadeia

As informações prestadas pela Administração não acrescentaram fatos novos passíveis de alterar o anteriormente concluído, qual seja, de que os responsáveis pelo recebimento e conferência de cada um dos lotes de kits escolares vêm a ser aqueles constantes do documento de folhas 723, elaborado pela Especializada com base nos elementos probatórios dos autos.

14. Da liquidação indevida dos 85.000 kits escolares – quanto à quantidade de kits entregues completos em embalagem individual

Ante a constatação de que 3.804 kits (Nota Fiscal nº 114514 – folhas 367 e 378) não foram entregues em embalagem individual e com relação aos 81.196 kits restantes, referentes às outras notas fiscais, conforme indicado no quadro sintético de folha 723, entendeu o Órgão Auditor que a Origem

não apresentou documentos hábeis a atestar o devido recebimento, ou seja, que os kits escolares foram entregues completos e em embalagem individual.

Sendo distintos os locais de entrega dos 85.000 kits (7.999 kits com previsão de entrega diretamente nas Unidades Escolares e 77.001 kits restantes destinados às Coordenadorias de Educação), o recebimento desse material deveria ter sido atestado em cada Unidade Escolar receptora, em consonância com o disposto no item 3.1 da Portaria da Secretaria de Finanças nº 14/98, publicada no D.O.C em 07/03/1998, válida e em vigor, que dispõe a respeito do processo de liquidação e pagamento à Contratada no âmbito da Administração Direta.

A ausência de observância a tais procedimentos implica a invalidade do suposto recebimento das mercadorias, efetuado mediante mera aposição de data e assinatura no canhoto das notas fiscais, na medida em que a Portaria exige que haja o carimbo mencionado no verso de cada nota fiscal recebida por cada Unidade receptora.

Ante a inobservância da Portaria nº 14/98 da Secretaria de Finanças para recebimento dos kits escolares, os elementos trazidos pela Origem para atestar o recebimento (notas fiscais com apenas aposição de assinatura e data de recebimento no seu canhoto) não comprovam a entrega dos 85.000 kits escolares completos e em embalagem individual.

15. Liquidação indevida quanto ao cálculo do montante dos kits escolares que não têm comprovação válida e suficiente de seu recebimento, nem de sua destinação final correta

Uma vez não observada a Portaria nº 14/98 da Secretaria de Finanças, a Origem não efetuou a devida liquidação da despesa, com infração ao seu item 3 e ao artigo 63 da Lei Federal nº 4.320/64.

16. Quanto à ausência de aplicação de multa contratual à contratada, pelo fato de haver entregue 3.804 kits escolares sem embalagem individual

Embora informado pela Origem que os 3.804 kits teriam sido entregues sem a embalagem original por solicitação da Coordenadoria de Educação de Capela do Socorro, sem que o Setor de Suprimentos da Secretaria Municipal de Educação tivesse participado dessa providência, não há registro de tal solicitação, uma vez que a Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa 31 - CONAE 31 não acusa a entrada do documento contendo a referida solicitação (folhas 700/702). Assim, não há solicitação ou determinação qualquer de entrega dos kits sem embalagem, notadamente por parte da Origem. A multa contratual, prevista na Cláusula 7.1.5 (2% sobre o valor total do ajuste), em razão da entrega de 3.804 kits sem embalagem, não foi aplicada.

17. Acerca da autenticidade do documento de folha 672 (Memorando nº 256/2006 expedido pela Coordenadoria de Educação da Capela do Socorro)

Não há comprovação do recebimento do Memorando nº 256/2006, que teria sido emitido pela Coordenadoria de Educação Capela do Socorro solicitando a entrega de 3.804 kits desmontados, o que impede considerar que dito documento tenha sido recebido pela CONAE 31.

18. Identificação da servidora signatária do Memorando 256/2006 e da Nota Fiscal nº 114514 de folha 367

Em atenção às providências determinadas pelo despacho de folhas 721, a servidora signatária do documento e da nota fiscal referida é a Sra. Margarete de Moraes Zillig, Diretora de DTPE da Coordenadoria de Educação da Capela do Socorro à época, com RF 583.989.1.01, conforme planilha apresentada pela Secretaria Municipal de Educação/Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa - SME/CONAE, à folha 378.

19. Identificação do titular da assinatura que atestou a recepção do Memorando 256/2006 no CONAE 31

Ainda em atendimento ao determinado no despacho de folha 721, pelo exame da assinatura constante do memorando e a assinatura constante do verso da Nota Fiscal nº 078426, que atesta o recebimento dos 85.000 kits no CONAE 31 (folha 120 verso), é de se concluir ter sido a servidora à época, Sra. Mônica Irene Guidi Xavier, S.T.E. Almoxarifado 1101, RF 566.091.2.02, quem atestou a recepção do referido memorando no CONAE 31.

Diante de tais infringências e impropriedades, concluiu a Especializada, reafirmando entendimento anterior, pela irregularidade da execução do Contrato nº 199/SME/2005 (TC 2497/06-41– folhas 724/742).

Determinada nova intimação dos interessados, inicialmente responderam **as** servidoras Maria Cristina da Silva e Patrícia Dominguez Leme, que atestaram o recebimento dos 85.000 kits no verso da NF nº 78426, argumentando não haver nexo causal entre a assinatura pela contratada do termo de depositário fiel e a entrega em atraso dos kits nas escolas e nas coordenadorias de educação, uma vez que a ordem para assinar a Nota Fiscal mãe foi determinada meses antes por sua chefia.

Alegaram ainda ser poder da Administração, independentemente de aditamento contratual, determinar a entrega em local diverso do originalmente previsto: "*A prerrogativa para alterar, por decisão unilateral, o tempo e o local de execução do contrato (que são cláusulas de serviço ou cláusulas de natureza regulamentar) integra o rol das chamadas "cláusulas exorbitantes" presentes em todo e qualquer contrato administrativo. Se dessa alteração sobrevier ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é que se tornará obrigatório o aditamento contratual, visando ao restabelecimento do equilíbrio*" (TC 2497/06-41 – folhas 752/755 e 756/759).

Em seguida, empregando argumentos equivalentes, a Signatária do Ajuste e Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Educação e o Coordenador Geral de CONAE-G da Secretaria Municipal de Educação sustentaram que a modificação havida no modo de fornecimento do material escolar, embora não formalizado, encontra previsão no artigo 65, inciso II, da Lei Federal 8.666/93.

Remetidos os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhou esse Órgão as conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, reconhecendo as irregularidades apontadas em seu relatório (TC 2497/06-41 – folhas 903/904).

Já a Procuradoria da Fazenda Municipal, acolhendo os informes fornecidos pela Origem, a ela associou-se quanto às justificativas apresentadas referentes às alegações de irregularidades e impropriedades da execução do Contrato em apreço. Tratando-se de falhas de natureza formal, destacou não ter havido nos autos indícios de dolo, culpa ou má-fé, tampouco prejuízo ao erário.

Considerou que as impropriedades indicadas "*são de ordem administrativo-contábil e orçamentária, ou seja, perpetradas no âmbito interno da própria Administração, por motivos justificados, não podendo, s.m.j., acarretar a invalidação dos atos contratados com terceiros de boa fé*." Sustentou que a invalidação do ato administrativo deve sempre se orientar pelo princípio do prejuízo, presente "*a ponderação de valores e a razoabilidade na interpretação da exigência legal diante da circunstância concreta, de tal modo que a falha constatada não ensejará necessariamente a declaração de irregularidade dos atos*".

Requereu o acolhimento da execução do contrato, propugnando ainda pelo acolhimento dos seus efeitos financeiros e patrimoniais, na hipótese de indeferimento de seu pedido (TC 2497/06-41 – folhas 907/913).

A Secretaria Geral, em parecer fundamentado, acompanhou as conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e considerou cabível a aplicação pela Origem da multa à Contratada prevista na cláusula 7.1.5 ou a da prevista na cláusula 7.1.3 do Contrato, ante o descumprimento da cláusula primeira do ajuste.

Ponderou, no entanto, que a Lei não prevê à Administração a faculdade de escolher como e quando aplicar cada sanção, entendendo ser "*impossível a aplicação de qualquer uma dessas sanções, vez que as condições específicas de imposição não estão explicitadas corretamente no ajuste*"(TC 2497/06-41 – folhas 915/921).

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

O Contrato nº 199/SME/2005, celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda., visando à aquisição de 85.000 (oitenta e cinco mil) kits escolares para Escolas Municipais de Ensino Fundamental - Fund II, com utilização da Ata de Registro de Preços nº 04/SME/2005, teve sua análise tratada nos autos do TC 1.747/06-71 e levada a efeito pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle que, a despeito das justificativas trazidas pela Origem, manteve as seguintes irregularidades:

"*1 - extemporânea publicação do extrato do termo do ajuste, em desacordo com o que determina o artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02;*

2 - ausência de pesquisa de preços antecedendo a definição dos valores contratados, em confronto com o que prescreve o artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02; e

3 - excesso de contratação acima dos 26% dos valores constantes da Ata de Registro de Preços."

Ante o exposto, com base no parecer da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, julgo irregular o Contrato nº 199/SME/2005.

Quanto à execução desse ajuste, processada nos autos do TC 2.497/06-41 a Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou por sua irregularidade ante as seguintes razões:

1- *inobservância das Cláusulas 4.1, 4.5 e 5.1 por não atendimento dos prazos e condições de fornecimento e pagamento do material escolar objeto do contrato, com ofensa ao que prescrevem os artigos 62 e 63, ambos da Lei 4.320/64;*

2- *violação do disposto no artigo 54 da Lei 8.666/93, que estabelece diretrizes e regras de elaboração e execução dos contratos administrativos, vez que comprovadamente não atendidas; e*

3- não aplicação de multa à Contratada pela entrega de 3.804 kits escolares sem embalagem individual, descumprindo o estabelecido na Cláusula 7.1.5 por desatendimento da Cláusula 1.2.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da Auditoria "...*considerando que as questões ora focalizadas envolvem a aferição promovida pela área auditora, nenhuma observação temos a acrescentar às conclusões externadas pela Especializada, após a criteriosa análise por ela produzida*." E, assim, opinou igualmente pela irregularidade da execução do Contrato.

O mesmo entendimento foi adotado pela Secretaria Geral que reiterou a irregularidade da execução do Contrato.

Diante disso, com amparo nas manifestações unânimes da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo

e da Secretaria Geral, julgo irregular a Execução do Contrato nº 199/SME/2005, no valor de R$ 1.991.550,00 (um milhão, novecentos e noventa e um mil e quinhentos e cinquenta reais), em razão das irregularidades acima apontadas, deixando de aceitar seus efeitos financeiros, notadamente ante a constatação da Auditoria nos seguintes termos: "*Com relação aos 81.196 (oitenta e um mil, cento e noventa e seis) kits escolares restantes, referentes às outras Notas Fiscais, conforme apontado no quadro sintético de folha 723 entendemos que a Origem não apresentou documentos hábeis a atestar o devido recebimento, ou seja, a atestar que os kits escolares foram entregues completos e em embalagem individual*" (folha 737).

Oficie-se a Origem para que tome ciência do quanto deliberado, com cópia apensada do inteiro teor deste julgado.

VOTO em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Com relação ao **Contrato nº 199/05**, na esteira do posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, voto pelo seu **acolhimento excepcional, relevando as impropriedades** apontadas acerca da pesquisa de preços válida à época da contratação e da publicação do extrato do contrato no tempo hábil.

No que pertine ao quantitativo contratado ser superior em 26% ao estimado na respectiva Ata de Registro de Preços, tal aspecto traduz a opção da Administração e, de qualquer forma, não excede o limite legal estabelecido no ordenamento jurídico para o Sistema de Registro de Preços.

Quanto ao **acompanhamento da respectiva execução contratual**, apesar das infringências relatadas pelo eminente Conselheiro Relator, entendo que o ponto central das questões envolvidas (não atendimento dos prazos e condições de fornecimento e pagamento e liquidação antecipada), de fato, está no próprio pedido da Administração à Contratada, formalizado por meio de ofício, onde foi alegada falta de espaço no Almoxarifado da Prefeitura para receber os kits escolares, tornando-a, assim, depositária fiel dos mesmos.

Por isso, entendo que, a causa da problemática existente está na órbita de responsabilidade da própria Municipalidade, em função da ausência de espaço compatível para o armazenamento, não podendo, dessa forma, repercutir na esfera de direitos da Contratada. Ademais, que não há intimação da mesma no presente feito.

No tocante à disparidade entre a dotação orçamentária onerada pela nota de empenho e prevista no Contrato e aquela pertinente ao programa que utilizou os kits, assim como à entrega desses sem embalagem (alegadamente a pedido da Coordenadoria da Educação da Capela do Socorro ao CONAE-31, apesar de não ter sido localizado o alegado memorando), entendo que, no contexto em que se encontram, apesar das irregularidades, pode a execução,

excepcionalmente, ser acolhida com determinação à Origem para que, em casos futuros, sejam banidas as práticas administrativas aqui registradas.

Por todo o exposto, voto pelo **acolhimento excepcional do Contrato nº 199/05 e da sua execução, com determinação à respectiva Pasta nos termos referidos**.