ACO-UTR-1253/2024

Processo	-	TC/002601/2007
Recorrente	-	Procuradoria da Fazenda Municipal
Objeto	-	Recurso interposto em face do Acórdão de 28/8/2019 – Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria Municipal de Gestão)/Secretaria Municipal de Educação e Comercial Milano Brasil Ltda. – Pregão Presencial 042/2007 – Ata de RP 035/SMG-CGBS-DME/2007 – Contrato 164/2008/SMG-DGSS-DME – TAs 01/2008 e 02/2008 – Aquisição de 200.000 quilos por mês de leite em pó integral para atender as unidades abastecidas pelo DME

57ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. PFM. SMG. SME. Aquisição de leite em pó integral. Decisão que julgou irregulares os ajustes, aplicou multa e determinação. 1. Reconhecida a ocorrência da prescrição punitiva em relação à aplicação das multas. Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMENTE apenas para reconhecer a PRESCRIÇÃO no que se refere às multas aplicadas ao Secretário Municipal de Gestão e à Contratada, mantendo-se o Acórdão recorrido nos demais termos, cabendo à Pasta adotar e acompanhar as medidas que lhe competem. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados 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 do apelo da Procuradoria da Fazenda Municipal, por preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, em dar-lhe provimento parcial apenas para, no exercício do controle externo, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva no que se refere às multas aplicadas ao Secretário Municipal de Gestão e à Contratada, mantendo-se o Acórdão recorrido nos demais termos, cabendo à Pasta adotar e acompanhar as medidas que lhe competem.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 21 de agosto 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 11/10/2024 16:37:44 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 14/10/2024 10:10:47 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Item 1) e-TCM n. 2.601/2007

Interessados: Secretaria Municipal de Educação - SME e Comercial Milano Brasil Ltda.

Objeto: **Recurso Ordinário da Procuradoria da Fazenda Municipal.** Pregão Presencial n. 042/2007. ARP n. 035/SMG-CGBS-DME/2007 e seus Termos de Aditamento ns. 001 e 002 de 2008. Contrato n. 164/2008. Execução Contratual. Aquisição de 600.000 quilos de leite em pó integral para atender às Unidades abastecidas pelo DME.

Valor: R$5.160.000,00

Responsáveis: **Pregão Presencial:** Marcia Ungarette (Secretária Municipal de Gestão), Flávia Alves Pereira (Assessora Jurídica) e Cecília Freitas Coradini de Moraes (Pregoeira) (fl. 1.695 de peça 45)

Contrato: Maria Emília de Arruda Faccioni (Secretária Adjunta da

Secretaria Municipal de Gestão) (fl. 1.703 de peça 45)

Execução Contratual: Isabelle Barucco (Diretora de Divisão Técnica da SME/DME), Vera Cecília G. Adams (Médica Veterinária da SMG/DME) e Thiago Rossi (Diretor do Departamento Técnico da SME/DME) (fl. 1709 de peça 45)

Relator: **Conselheiro ROBERTO BRAGUIM**

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, contra v. Acórdão de peça 24 que, à unanimidade: (I) acolheu o Edital, o Pregão Presencial n. 042/2007 e a Ata de Registro de Preços n. 035/MG-CGBS-DME/2007; (II) julgou irregulares: (a) os Termos Aditivos 001 e 002 de 2008 referentes à ARP, e o Contrato n. 164/2008 em razão da não aplicação do delta previsto no item 15.3 da ARP aos preços contratados e (b) a Execução do Contrato, pela ausência de laudo laboratorial técnico quando o produto foi recebido e pela demonstração de que o leite estava impróprio para o

consumo; (III) aplicou multa, em seu valor máximo, ao Secretário Municipal de Gestão à época e à Contratada, diante da negligência nos procedimentos de conferência e entrega de produto impróprio ao consumo; (IV) determinou a remessa de ofício à Secretaria para que, no prazo de 30 (trinta) dias, esclarecesse ao Tribunal: (a) o andamento das providências relacionadas à aplicação de multa, ao cálculo do custo havido com a aquisição do leite em pó interditado e com o seu armazenamento, bem como à existência de pedido de ressarcimento do custo à Contratada, tudo em razão de Despacho do Secretário Municipal da Educação, publicado no DOC de 15/08/2009; (b) o resultado da sindicância instaurada; (c) os procedimentos atualmente adotados para o recebimento de leite em pó.

De plano, assevero que são objeto de análise:

I - os Acompanhamentos do Edital de Pregão Presencial n. 042/SMG/07 e da Licitação, para o Registro de Preço objetivando a aquisição de leite em pó integral[1] referente aos Programas de Alimentação, na quantidade estimada de 200.000 quilos/mês, lançado pela Secretaria Municipal de Gestão;

II - a ARP n. 035/SMG-CGBS-DME/2007, os seus Termos de Aditamento ns. 001 e 002, ambos para a alteração do preço[2] do produto, de acordo com a Resolução n. 063/2008 de COMPREM e o

[1] Preço foi de R$11,10 o quilo.
[2] Novo preço no TA n. 001: R$10,99 o quilo. Para o TA n. 002: R$8,60 o quilo.

segundo também para que houvesse o restabelecimento provisório do prazo de vigência do Instrumento, suspenso por ordem judicial, com prazo de 30 (trinta) dias a contar de 16/10/08;

III - o Contrato n. 164/2008/SMG/DGSS/DME lavrado para a aquisição de 600.000 quilos de leite em pó no valor de R$5.160.000,00 (cinco milhões, cento e sessenta mil reais) e sua Execução.

Alinho, outrossim, que os Ajustes foram firmados com a Secretaria Municipal de Gestão, sendo que, no seu curso, o Departamento de Merenda Escolar foi transferido para a Secretaria Municipal de Educação, consoante alterações determinadas pelo Decreto n. 50.362/2008[3], deslocando-se as competências para a nova Pasta.

Com esses esclarecimentos, relato que a Procuradoria da Fazenda Municipal recorreu requerendo a reforma parcial do v. Acórdão, com o objetivo de que os Termos Aditivos ns. 001 e 002 de 2008, referentes à ARP n. 035/2007, e o Contrato n. 164/2008, sejam julgados regulares eis que as falhas ocorridas eram formais e podiam ser relevadas. Em relação à Execução, defendeu que ela merecia ser julgada apenas parcialmente irregular, e isto para manter consonância com o Despacho do Secretário Municipal de Educação à época, publicado no DOC de 15/08/2009, que, finalizando o Processo Administrativo

[3] **Decreto n. 50.362,** de 30 de dezembro de 2008. Transfere o Departamento da Merenda Escolar para a Secretaria Municipal de Educação.

correspondente, deu também pela irregularidade parcial da Execução, por culpa exclusiva da Contratada, tendo, por outro lado, sido reconhecidos como válidos e eficazes os atos praticados pela Administração e seus agentes. Asseverou que a medida foi integralmente mantida pelo Prefeito à época, apesar da interposição de Recurso.

De outro lado, recorreu da multa que esta Corte de Contas impôs ao agente público, argumentando ter ficado comprovado no Processo Administrativo citado que os gestores adotaram as medidas cabíveis assim que tomaram conhecimento dos problemas.

Por fim, em pedido alternativo, requereu o provimento parcial do Apelo para o reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais decorrentes de todos os Ajustes, e tão somente dos atos tidos como bons e regulares pela Administração relativos à Execução Contratual, reformando-se em parte a r. Decisão recorrida em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

As Secretarias Municipais de Gestão e de Educação foram oficiadas da prolação do v. Acórdão ora recorrido enquanto, Januário Montone, Secretário Municipal à época e a Contratada, Comercial Milano Brasil Ltda., intimados para a mesma finalidade, deixaram o prazo transcorrer “in albis”.

Na devida instrução, a Assessoria Jurídica opinou pelo conhecimento do Recurso Ordinário do Órgão Fazendário e, no mérito, pelo improvimento, seja pela ausência de questionamentos

jurídicos adicionais, seja pela existência de argumentos genéricos que já tinham sido refutados durante a instrução processual. Quanto ao reconhecimento dos efeitos jurídicos, deixou-os ao crivo do Pleno.

O Assessor Subchefe de Controle Externo à época corroborou esse posicionamento, porém, observou que existiam servidores públicos intimados em Primeiro Grau que não foram cientificados do v. Acórdão recorrido. Verifiquei, ademais, a mesma situação em relação a servidores responsáveis pela Execução Contratual, pelo que os autos foram encaminhados ao Relator Original, que aquiesceu com a efetivação das intimações.

Dessa forma, foram intimados Márcia Regina Ungarette, Inês Hiromi Hendo, Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Maria Emília de Arruda Faccioni, Flávia Alves Pereira, Isabelle Barucco, Vera Cecília Garrafa Adams e Tiago Rossi, sendo que todos deixaram transcorrer "in albis" o prazo recursal. Outrossim, há certificação à peça 88 de que Cecília Freitas Coradini de Moraes falecera.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou suas razões de peça 62.

A Secretaria Geral, de seu turno, opinou pelo conhecimento do Recurso Ordinário e, no mérito, aduziu que as impropriedades que ensejaram a irregularidade dos Termos Aditivos 001 e 002 de 2008 da ARP n. 035/2007 e do Contrato 164/2008 não foram de ordem meramente formal, enquanto a Execução foi julgada irregular

por motivos que poderiam ter sido detectados pela Pasta, razão pela qual os responsáveis foram apenados por esta Corte de Contas. Refutou ter havido culpa exclusiva da Contratada e asseverou que a multa ao então Secretário Municipal da Gestão se deveu a sua negligência na conferência e entrega de produto impróprio para consumo. Deixou ao crivo dos Julgadores o reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais e deu pelo desprovimento do Recurso, acompanhando a AJ.

Na sequência, saneando o feito, entendi necessária nova oitiva da Assessoria Jurídica para: (1) atualizar o andamento das ações judiciais[4] citadas pelo Relator Original em seu voto; (2) examinar

[4] São duas as ações citadas no voto do Relator Original. **(1) Ação Declaratória de Nulidade nº 0038488-50.2009.8.26.0053** interposta por Comercial Milano Brasil Ltda. que objetiva a anulação de ato administrativo que validou a primeira análise fiscal realizada no leite que entregou e levou à instauração de Procedimento Administrativo para a apuração da irregularidade (ausência do Laudo Laboratorial), bem como que seja declarado nulo o despacho que suspendeu a ARP. Dado provimento à Apelação de Comercial Milano para declarar nulo o ato que rescindiu o Contrato e lhe impôs penas contratuais e legais. Autorizada a Recorrente a repor o produto interditado por outro a fim de adimplir sua obrigação. Relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros. 3ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Julgado em 09/10/18. Publicado em 26/10/19. Interposto Recurso Especial. Processo remetido ao Tribunal Superior em 06/06/24. Há também cumprimento de sentença provisório n. 0006041-52.2022.8.26.0053, determinado pela Instância Superior (já que a ação principal pende de Recurso Especial) para que seja expedido Alvará de Levantamento relativo ao depósito judicial. Alvará expedido em favor de Comercial Milano no valor de R$313.256,00. Levantamento autorizado em 13/02/2023. **(2) Mandado de Segurança n. 053.09035028-9** (peça 22, fl. 6) interposto por Comercial Milano questionando ato do Secretário Municipal de Educação, do Diretor da Divisão técnica da SME e do Diretor de Departamento Técnico da SME de aplicação de sanção que puniu a Impetrante Comercial Milano com a pena de inabilitação para contratar com a Administração por 2 anos, o que a teria prejudicado em outros Certames, por isso ingressou com o Mandado de Segurança. De acordo com as informações da AJ de peça 117, a sentença foi parcialmente reformada em Instância recursal decidindo-se pelo reconhecimento de que a sanção imposta na esfera administrativa não surtiria efeito até o trânsito em julgado do MS. Foram apresentados Recursos Especial e extraordinário, estes, inadmitidos e a ação transitou em julgado, encontrando-se baixada no arquivo geral desde 2018.

se a petição de peça 26[5] interposta por Comercial Milano Brasil Ltda antes da prolação do v. Acórdão recorrido, porém, posteriormente ao voto do Relator Original, deveria ser examinada nesta Instância Recursal e se houve preclusão em relação ao seu pedido, considerando que a Contratada não recorreu e, (3) explicar qual o impacto das informações contidas na peça 26 na fase recursal.

A Assessoria Jurídica, em oportunidades distintas: atualizou o andamento processual das Ações Judiciais; entendeu que o resultado do julgamento da ação colacionada à peça 26 não impactava na Instância Recursal em julgamento e não carecia de exame neste momento: (a) por não ser proveniente de documento tempestivo apresentado em fase recursal e (b) pela natureza distinta das multas questionadas no controle externo, resultante da negligência na conferência e no recebimento do produto pela ausência de apresentação do indispensável laudo laboratorial técnico de qualidade dos produtos enquanto a que foi judicializada[6] decorre de sanções contratuais.

---

[5] Na peça 26, Comercial Milano Brasil Ltda traz a informação do julgamento da Apelação n. 0038488-50.2009.8.26.0053, ocasião em que o TJ/SP deu procedência à ação por ela interposta contra o Município de São Paulo para declarar a nulidade das penas que lhe foram aplicadas e possibilitou a reposição do leite em pó. A Empresa, apesar de não recorrer, defende que a decisão judicial tem objeto idêntico ao do processo em âmbito de controle externo e requer seja considerado no julgamento a ser proferido, como fato superveniente à apresentação da defesa.

[6] Em sede judicial, na Ação Declaratório de Nulidade anteriormente citada, a multa deveu-se à sanção contratual e suas repercussões. A Ação Judicial insurge-se contra Procedimento Administrativo da Municipalidade que constatou que o lote de 400.000 quilos de leite em pó estaria impróprio para o consumo. Assim, o Contrato foi rescindido, aplicando-se à Contratada, as sanções de multa e suspensão do direito de contratar por dois anos com os órgãos do governo. Já na Corte de Contas, a multa deu-se em razão da ausência de

De outra parte, em razão da entrada em vigência da Resolução n. 10/23 que trata da prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória, a Chefia da Assessoria Jurídica observou que entre a emissão do Relatório da Auditoria, após ciência e oportunidade de defesa, em 19/10/2009 (peça 46, fl. 334) e a prolação do v. Acórdão recorrido em 28/08/2019 (peça 49, fls. 3 e 4) decorreram mais de 5 (cinco) anos, estando abarcada pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 2º, *caput*[7] combinado com 5º, incisos II e IV[8], § 2º[9] c/c 6º, inciso I[10] da Resolução citada. Não obstante, considerou não incidir a prescrição em relação às determinações contidas no voto do Relator Original eis que os esclarecimentos se mostrarão informativos, sem reflexo direto em determinação de ressarcimento ou punição por esta Colenda Corte.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou sua manifestação anterior pelo conhecimento e provimento integral do Recurso.

---

fiscalização na Execução do Contrato e foi fundamentada nos artigos 52 e 53 da Lei Orgânica do TCM e nos artigos 86 e 87 do RI.

[7] **Art. 2º. "**Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento, contados dos termos iniciais indicados no art. 4º, conforme cada caso."

[8] **Art. 5º.** "A prescrição se interrompe: **II –** por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato ou ato, conforme previsto no art. 6º desta Resolução; **IV –** pela decisão condenatória recorrível".

[9] **Art. 5º. § 2º.** "Interrompida a prescrição, começa a correr novo prazo a partir do ato interruptivo".

[10] **Art. 6º.** "Sem prejuízo da configuração de outras hipóteses, são considerados atos inequívocos de apuração nos termos do inciso II do art. 5º desta Resolução: **I –** emissão do relatório de fiscalização ou parecer final, após ciência à origem e oportunidade de sua manifestação, nos casos em que o processo tenha início de ofício".

Por fim, a Secretaria Geral acompanhou a última manifestação da Assessoria Jurídica nas questões da prescrição e dos questionamentos por mim formulados acerca da petição de Comercial Milano Brasil Ltda. de peça 26 e reiterou seu entendimento pelo conhecimento e desprovimento do Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal. (peças 122/123)

É o relatório.

VOTO

Em julgamento, Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra v. Acórdão de peça 24 que, em resumo, à unanimidade: (I) acolheu o Edital, o Pregão Presencial n. 042/2007 e a Ata de Registro de Preços n. 035/ MG-CGBS-DME/2007; (II) julgou irregulares os Termos Aditivos 001 e 002 de 2008 da ARP citada, o Contrato n. 164/2008 e a sua Execução; (III) aplicou multa ao Secretário Municipal de Gestão à época e à Contratada e (IV) determinou a remessa de ofício à Secretaria Municipal de Educação para que, no prazo de 30 (trinta) dias, esclarecesse ao Tribunal de Contas (a) o andamento de ações judiciais que o Relator Original citava em seu voto; (b) o resultado de sindicância instaurada pela Administração e (c) os procedimentos adotados para o recebimento do leite em pó.

Desde logo, conheço do Recurso Ordinário porque preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Em sede de preliminar, urge tratar da prescrição, em razão da entrada em vigência, nesta Corte de Contas, da Resolução n. 10/2023, matéria que foi examinada pela Assessoria Jurídica e pela Secretaria Geral na fase final da instrução do presente Recurso.

O tema da incidência da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal tendo lá ficado decidido que, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, as pretensões punitivas e ressarcitórias são por ela abarcadas, mantendo-se incólume, porém, a ação declaratória dessas Cortes, em razão das funções institucionais que lhes são conferidas.

Essa decisão da Suprema Corte norteou, então, a edição da Resolução nº 10/2023, que disciplina a ocorrência da prescrição sobre as pretensões punitivas e ressarcitórias no âmbito deste Tribunal e que, no bojo do TC nº 2.759/2006, foi por mim acatada, conforme manifestação nele explanada.

Com essas considerações, reconheço, em sede de preliminar, a ocorrência da prescrição punitiva tão somente em relação à aplicação das multas, como me ocuparei adiante.

No mérito, entendo que a r. Decisão recorrida não merece reparos.

A irregularidade que abarca os Termos Aditivos ns. 001 e 002 de 2008 relativos à ARP n. 035/2007 e o Contrato n. 164/2008, - não aplicação do delta disposto no item 15.3[11] da ARP -, longe está de ser formal como defende o Órgão Fazendário.

De acordo com o voto condutor do acórdão ora recorrido, embasado em manifestação da SCE, em sede de Primeiro Grau, os preços praticados nos Termos Aditivos ns. 001 e 002 à ARP n. 035/2007 para a aquisição do kg do leite em pó foram de R$10,99/kg e R$8,60/kg. Caso o delta tivesse sido observado no cálculo do valor, alcançariam, respectivamente, R$8,67 e R$6,78. De igual modo, para o Contrato utilizou-se o preço de R$8,60/kg quando o correto para a SCE, corroborado pelo voto condutor, com o uso do delta, seria de R$6,78/kg. (peças 5 e 6)

Houve, portanto, para os três Ajustes, contratação a maior, em razão da não utilização do delta, apesar de ele estar previsto na ARP, o que implicaria o inafastável cumprimento por parte da Administração.

[11] **Item 15.3 da ARP:** O diferencial de preço entre a proposta inicial de detentora e a pesquisa de mercado efetuada pela Prefeitura do Município de São Paulo à época da abertura da proposta (delta), bem como eventuais descontos concedidos pela detentora, serão sempre mantidos, inclusive se houver prorrogação da vigência desta Ata.

Com esses argumentos, mantenho a irregularidade dos Instrumentos mencionados, pelo que o Recurso da PFM, nessa parte, não merece provimento.

Em relação à Execução Contratual, a PFM requer o provimento para que a sua irregularidade seja declarada apenas parcialmente, vez que decorreu de culpa exclusiva da Contratada, enquanto os agentes públicos agiram com lisura, de modo a serem reconhecidas suas ações e, nesse sentido, seja a multa afastada.

Também nesse particular não merece acolhida o pedido do Órgão Fazendário.

É que, as falhas constatadas não ocorreram por culpa exclusiva da Contratada. Na verdade, consoante o voto condutor, mencionado nos relatórios da SCE, os problemas enfrentados na 1ª entrega do leite em pó (Cronograma n. 141/2008) decorreram da aceitação do produto sem seus documentos obrigatórios, dentre os quais, o Laudo de Análise Laboratorial. Houve, portanto, falha do Departamento de Merenda Escolar.

De outro lado, na 2ª entrega (Cronograma n. 001/2009) apesar de o Laudo ter sido apresentado, o produto, inicialmente, não foi recebido, pois em desacordo com o Edital. Mais tarde, foi recebido, porém, constatou-se que ele estava impróprio para o consumo, o que maculou a Execução.

Dessa maneira, a Execução foi ineficiente e incapaz de garantir produto de qualidade aos alunos da Rede Municipal, assim, também nessa parte, não merece provimento o Recurso da PFM.

A gravidade de tais falhas - que alcançaram os Termos de Aditamento ns. 001 e 002 da ARP e se estenderam ao Contrato e sua Execução – impede-me, igualmente, de acolher o pedido alternativo da PFM para a aceitação dos efeitos jurídicos e financeiros dos Ajustes.

Outrossim, apesar de entender que as irregularidades praticadas na Execução tenham sido graves, aptas a ensejar as multas aplicadas na r. Decisão recorrida, corroboro os pronunciamentos da AJ de peça 117 e da SG às peças 122/123 e reconheço a prescrição da pretensão punitiva em relação a elas, consoante trata a Resolução n. 10/2023, vez que decorreram mais de 5 (cinco) anos entre o último marco interruptivo do processo, consubstanciado no Relatório da Auditoria, após ciência e oportunidade de defesa e a prolação do v. Acórdão, na forma já anteriormente relatada e o faço com fulcro nos arts. 2º, *caput,* 5º, incisos II e IV e 6º, inciso I, todos da Resolução n. 10/2023 (fls. 3 e 4 de peça 49).

De outro lado, também corroborando o pronunciamento da Chefe da Assessoria Jurídica de peça 117, considero que a prescrição não alcança as determinações que o v. Acórdão apôs à Secretaria Municipal envolvida, vez que, *"tais esclarecimentos se*

mostrarão informativos, sem reflexo direto em determinação de ressarcimento ou punição por esta Colenda Corte". (peça 117)

Na sequência, consigno que mais duas matérias merecem minha atenção e delas me ocuparei.

Consoante manifestação unânime da AJ e da SG, que absorvo, a petição de Comercial Milano Brasil Ltda. de peça 26, noticiando o resultado da Ação Declaratória de Nulidade, anteriormente relatada, apesar de não apreciada em Primeiro Grau, não apresenta impacto nesta Instância Recursal, que me compete como Relator, razão pela qual não será analisada nesta oportunidade. Aliás, "in casu", relembro que a Contratada deixou transcorrer in albis o prazo recursal.

De outro lado, as informações de peças 65 e 70/71 trazidas pela Secretaria Municipal de Educação e referentes ao cumprimento das determinações contidas no v. Acórdão ora guerreado, consoante asseveraram a AJ e a SG, a meu sentir, também não merecem análise nessa oportunidade em razão do efeito suspensivo atribuído ao Recurso Ordinário e deverão ser analisadas oportunamente.

Diante do exposto, conheço do Apelo da PFM e dou-lhe provimento parcial apenas para, no exercício do controle externo, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva no que se refere às multas aplicadas ao Secretário Municipal de Gestão e à Contratada, mantendo-se o v. Acórdão recorrido nos demais termos, cabendo à Pasta adotar e acompanhar as medidas que lhe competem.

TCM, 05 de agosto de 2024.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2024.08.05 16:20:52 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro Vice-Presidente

TPF/RB

TC 2.601/2007

ANÁLISE. PREGÃO. ATA DE RP. CONTRATO. EXECUÇÃO. TERMOS ADITIVOS. SMG. SME. Aquisição de leite em pó integral. 1. Não aplicado o delta previsto na ata de RP. 2. Ausência de laudo laboratorial quando do recebimento do produto. 3. Leite fornecido impróprio para consumo. Negligência. Pregão e Ata de RP REGULARES. Contrato, termos aditivos e execução contratual IRREGULARES. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

3.055ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.875ª S.O. Na referida sessão, o Doutor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, representando a Comercial Milano Brasil Ltda., proferiu sustentação oral, nos termos do artigo 164 do Regimento Interno desta Corte, bem como os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e DOMINGOS DISSEI – Revisor prolataram seus votos.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o edital, o Pregão Presencial 042/2007 e a Ata de Registro de Preços 035/SMG-CGBS-DME/2007.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em julgar irregulares os Termos Aditivos 001/2008 e 002/2008 e o Contrato 164/2008, diante da não aplicação aos preços contratados do delta previsto no item 15.3 da ata de registro de preços, bem como a execução contratual, pela ausência de laudo laboratorial técnico quando do recebimento do produto e pela demonstração de que o leite fornecido estava impróprio para o consumo.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aplicar ao Secretário Municipal de Gestão, à época, e à contratada, pela negligência nos procedimentos de conferência e pela entrega de produto impróprio para o consumo, multa no valor máximo, nos termos dos artigos 52 e 53 da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas e dos artigos 86 e 87 do Regimento Interno.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a remessa de ofício à Secretaria Municipal de Gestão, para que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, esclareça a este Tribunal de Contas:

a) o andamento atual das providências determinadas pelo então Secretário Municipal de Educação, em despacho publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 15/8/2009, atinentes à aplicação de multa à contratada, ao cálculo do custo havido para a aquisição de armazenamento do produto, bem como à existência de pedido de ressarcimento de tal custo à contratada;

b) o resultado da sindicância instaurada;

c) os procedimentos atualmente adotados para o recebimento de leite em pó.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de agosto de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente de Acompanhamento de Edital de Licitação na modalidade Pregão 42/2007, da Secretaria Municipal de Gestão – SMG (atual Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de leite em pó na quantidade estimada de 200.000 Kg/mês.

Além do acompanhamento do Edital, estão em julgamento a licitação na modalidade pregão, a Ata de Registro de Preços e seus aditivos, o contrato e a respectiva execução.

No Relatório de Acompanhamento de Edital, a Auditoria concluiu que o ato convocatório reunia condições de prosseguimento, desde que nele passasse a constar a exigência da devida composição dos preços unitários na proposta comercial. Propôs, ainda, a intimação da Origem para manifestação sobre a exigência de declaração de responsabilidade solidária emitida pelo fabricante, e sobre o compromisso de permitir visitas técnicas para avaliação do seu sistema de produção, por entender que a justificativa apresentada não fora suficiente.

Diante das informações prestadas pela Origem, trazendo elementos relevantes e satisfatórios aos questionamentos feitos, o certame teve prosseguimento.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, também opinaram favoravelmente ao prosseguimento do Edital.

Na 2.410ª Sessão Ordinária, o presente processo foi retirado de pauta para melhores estudos acerca da análise da licitação e da respectiva execução contratual.

Em cumprimento a essa determinação, a Auditoria elaborou os Relatórios de Avaliação da Licitação e do Contrato (fl. 1.692/1.711), concluindo pela irregularidade. Os apontamentos feitos quanto aos instrumentos analisados são os seguintes:

a) Pregão presencial 42/2007:

1) A abertura do procedimento licitatório não foi autorizada pelo Secretário Adjunto da Secretaria Municipal de Gestão, infringindo o art. 18 § 3º do Decreto 44.279/03 e ao art. 1º da Portaria 028/SMG.G/2007;

2) Não atendimento ao previsto na Lei Municipal 13.278/08 em seu art. 18 que determina que modificações no edital exigem divulgação pela mesma forma dada ao texto original;

3) Proposta de preços formulada pela empresa Milano não atendeu ao item 7.1, letra "e" do Edital e deveria ter sido desclassificada conforme determina o item 7.5 do citado Edital[1].

Destacou, ainda, remanescerem os seguintes apontamentos contidos no Relatório de Análise do Edital:

1) Ausência de planilha demonstrando a composição de todos os custos; e

2) Necessidade de manifestação da Origem quanto à exigência, no caso de empresa participante não fabricante do produto, da declaração do fabricante se responsabilizando solidariamente pelo cumprimento do contrato e se comprometendo a permitir que sejam realizadas visitas técnicas para avaliação do seu sistema de produção.

[1] "7. DA PROPOSTA DE PREÇO (...) 7.2. A proposta de preço deverá conter as seguintes especificações: (...) e) oferta firme e precisa, sem alternativas de preços ou qualquer outra condição que induza o julgamento a ter mais de um resultado; (...) 7.5. As propostas que não atenderem às exigências deste Edital e seus anexos, que forem omissas ou apresentarem irregularidades ou defeitos capazes de dificultar o julgamento, serão desclassificadas."

b) Ata de Registro de Preço 035/SMG-CGBS-DME/2007 e aditivos 01 e 02:

1) Além de derivarem de licitação tida como irregular, considerou que não foi atendida no cálculo do valor contratado a aplicação do delta determinado no item 15.3 da Ata[2];

2) Em relação ao Termo Aditivo 02, assinalou a necessidade de elaboração de Termo de Aditamento para unificar o entendimento da Origem, pois, conforme manifestação da Sra. Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Gestão, o prazo de vigência seria de 30 dias, com início em 16/10/08, e, de acordo com a Sra. Assistente Jurídica, em razão da suspensão da Ata por ordem judicial, o prazo de vigência teria início em 14/05/08 e término em 14.05.09.

c) Contrato 164/2008/SMG/DGSS/DME:

1) Contrato tido como irregular, pois além de decorrer de procedimento licitatório considerado irregular, também não foi aplicado aos preços contratados o delta previsto no item 15.3 da Ata, assinalando que por isso, o preço utilizado na aquisição foi de R$ 8.60/kg quando o correto seria R$ 6,78/Kg, gerando uma contratação a maior em R$ 1.092.000,00, em infringência ao princípio da economicidade e da vinculação ao instrumento convocatório;

2) Ausência de informações no *site* da Prefeitura relativas ao contrato, infringindo os termos da Lei Municipal 13.226/01; e

3) Ausência de informações relativas ao contrato via Sistema Seri.

d) Execução Contratual:

1) Em relação ao cronograma 141/2008, houve recebimento de 400.000 quilos de leite em pó sem apresentação, pela empresa contratada, do laudo laboratorial exigido no Edital e sem a documentação de conferência emitida pela Comissão Permanente de Recebimento de Alimentos (CPRA);

2) Medição e pagamento, no valor de R$ 3.440.000,00, referentes às entregas do cronograma 141/2008, sem laudo e sem aprovação da Comissão Permanente de Recebimento de Alimentos – CPRA;

3) Em relação ao cronograma 001/2009, o Laudo de Análise Laboratorial (emitido pela CERELAB, fls. 1.382/1.384) apresentava-se em

[2] "15.3. O diferencial de preço entre a proposta inicial da detentora e a pesquisa de mercado efetuada pela Prefeitura do Município de São Paulo à época da abertura da proposta (delta), bem como eventuais descontos concedidos pela detentora, serão sempre mantidos, inclusive se houver prorrogação da vigência desta Ata."

desacordo com o Edital e com o Contrato, portanto o produto não foi primeiramente recebido.

Dessa forma, mediante a reanálise do produto, com a apresentação, pela Contratada, dos laudos elaborados pelo laboratório SFDK, fls. 1.443/1465, a Médica Veterinária e a Diretora do Departamento de Merenda Escolar – DME atestaram que o produto (lotes 629 e 929) estava de acordo com o Edital, autorizando, assim, o seu recebimento, fl. 1.466, sendo que, nesse contexto, tal encaminhamento representaria, de outra parte, infringência aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, pois os laudos foram insatisfatórios para análise de proteína, se comparado aos termos do Edital. Assim, como o produto analisado estava fora dos padrões previstos no Edital, não poderia ter sido recebido.[3]

4) Não aplicação do delta sobre o valor contratado, gerando pagamento a maior no valor de R$ 728.000,00 (referente ao cronograma 141/2008), que deverá ser devolvido ao erário atualizado monetariamente.

Assinalou, ainda, a Auditoria, que sem prejuízo das multas a serem aplicadas à contratada e também das providências a serem adotadas quanto à comprovação da qualidade do produto entregue, haveria a necessidade de adoção das seguintes providências:

1) Apuração de responsabilidade dos servidores que receberam o leite em pó e autorizaram sua distribuição sem a apresentação do Laudo Laboratorial e sem a documentação de conferência emitido pela CPRA (cronograma 141/2008);

2) Adoção de procedimentos que assegurem o recebimento dos produtos somente após a apresentação antecipada dos documentos previstos em Edital e, principalmente, que seja nomeado responsável técnico para cada recebimento (cronograma 001/2009);

3) Em relação ao não cumprimento das cláusulas contratuais, aplicação de multa contratual de R$ 516.00,00 (cronogramas 141/2008 e 001/2009), sem prejuízo da aplicação da multa por dia de atraso na entrega do produto (cronograma 001/2009).

A AJCE, em sua manifestação, considerando que as irregularidades apontadas nos autos impediam uma manifestação conclusiva, sugeriu intimação da Origem, da Contratada e do Gestor do contrato para manifestação.

---

[3] Conforme assinalado pelo Subsecretaria de Fiscalização e Controle às fls.1.707: "os resultados para os dois lotes foram considerados satisfatórios para os limites estabelecidos pela IN nº 11, de 09.09.99 – MAPA. Entretanto, para os limites estabelecidos pela Prefeitura do Município de São Paulo no Edital do Processo nº 2007-0.236.021-6 – Pregão nº 042/2007, para o produto em questão, a amostrou apresentou resultado físico químico INSATISFATÓRIO para análise de proteína (ver no laudo o item conclusão – fls. 1445 e 1757)".

Os interessados, Márcia Ungarette, Cecília Coradini de Moraes, Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Maria Emília de Arruda Faccio, Flávia Alves Pereira e Inês Hiromi Hendo, bem como a empresa Comercial Milano do Brasil Ltda., regularmente intimados, apresentaram defesa. A então Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização encaminhou os esclarecimentos e documentos às fl. 1.922/1.987.

A Contratada, em apertada síntese, aduziu que: a) embora tenha indicado mais de uma marca, apresentou preço único por quilo; b) não houve adoção de critérios distintos para os licitantes; c) mesmo com o estabelecimento na Ata de Registro de Preços que os descontos concedidos na fase de propostas deveriam ser mantidos sob a forma de referencial durante toda a execução do contrato, tal dispositivo não abriga as hipóteses de revisão significativa de preços contratados; d) a aplicação indiscriminada do item 15.3 (delta) não considera as condições variantes do mercado; e) no cronograma 141/2008, não houve inexecução contratual, pois os produtos foram entregues e recebidos, sendo a ausência de laudo, falha formal; f) não houve prejuízo ao Erário; g) em relação ao cronograma 001/2009, a exigência para o nível de proteína não tem amparo legal, sendo certo que os laudos apresentados estavam em conformidade com a Instrução Normativa do Ministério da Agricultura e Abastecimento – MAPA.

No que tange ao cronograma 141/2008, no qual houve a entrega do produto (leite) sem a apresentação do laudo laboratorial e sem a documentação de conferência emitida pela Comissão de Recebimento de Alimentos – CPRA, foi noticiado nos autos que, em razão disso, amostras do leite entregue foram encaminhadas para análise fiscal.

Como o resultado da análise não foi satisfatório, amostras do leite foram encaminhadas para a UNIFESP – Universidade de São Paulo, sendo que a análise feita indicou que o leite em pó era impróprio para o consumo, com identificação de *bacillus cereus* acima do estabelecido na RDC 121/01- ANVISA/MS, além de apresentar distorções, por exemplo, nos níveis e concentrações de soro e proteína, fl. 2.192/2.195.

Notificada do resultado da pesquisa do leite fornecido, a Contratada solicitou contraprova, o que foi atendido pela Administração, com agendamento da data. No entanto, a Contratante informou que a sua perita não poderia comparecer, porque presa a compromisso familiar, sem contudo, criar outra condição de participação no evento. Diante disso, o Departamento de Merenda Escolar considerou válido o resultado anteriormente obtido, que tinha considerado o leite como impróprio.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após análise das justificativas apresentadas (fl. 2.041/2.057) considerou que os documentos e as informações encaminhadas ratificaram as manifestações anteriores, exceto quanto aos apontamentos relativos à proposta de preços da empresa Milano e quanto ao encaminhamento das informações por meio do SERI. No que diz respeito ao acompanhamento do Edital, retificou suas conclusões face aos elementos

constatados na análise da Licitação. Quanto às demais anotações, ratificou os apontamentos e as recomendações propostas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou sua manifestação e requereu novos esclarecimentos da Origem para obtenção de maiores subsídios, apresentando os quesitos às fl. 2.070/2.072. Reabriu-se a instrução processual, para nova manifestação da Origem, em especial acerca da não aplicação do delta sobre o valor contratado, bem como sobre as conclusões alcançadas nos procedimentos noticiados às fl. 1.923 e 1.924 dos autos[4], sem prejuízo de outros esclarecimentos necessários.

Desta feita, o Sr. Secretário Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização, à época, encaminhou as informações esclarecendo que o Departamento de Gestão de Suprimentos e Serviços da Coordenação de Gestão de Bens e Serviços daquela Pasta tinha concluído pela regularidade dos Termos Aditivos 01 e 02, e quanto ao acompanhamento da execução contratual, informou que era realizado pelo Departamento de Merenda Escolar, portanto, de competência daquela unidade. Com referência ao item "d", informou que o Departamento de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria Geral do Município instaurou apuração preliminar. Ao final, esclareceu que o Departamento de Merenda Escolar foi transferido para a Secretaria Municipal de Educação.

Nos termos requeridos pela PFM às fl. 2.070/2.072, a Secretaria Municipal de Educação foi mais uma vez oficiada para apresentação de esclarecimentos, e o deferimento, que mais uma vez alargou a instrução do feito, não teve outro sentido senão lidar com a realidade dos autos, uma vez que a problemática versada foi ganhando maior dimensão diante da busca pela elucidação dos fatos, e, como não poderia deixar de ser, prestigiou-se largamente o comando constitucional da ampla defesa e do exercício do contraditório.

Em resposta, a mencionada Secretaria encaminhou cópia dos esclarecimentos prestados pelo Departamento de Merenda Escolar a respeito dos quesitos formulados pela Procuradoria da Fazenda Municipal, informando, em breve síntese que: *a)* as sanções de multa e de impedimento de contratar foram aplicadas à Comercial Milano Brasil Ltda., tendo se encerrado a instância administrativa; *b)* as quantias referentes ao leite em pó interditado foram apuradas, chegando-se ao montante de R$ 2.364.914,00; *c)* após apuração do custo de armazenamento do leite em pó, chegou-se, para este item, ao valor de R$ 604.837,57; *d)* o procedimento de apuração de responsabilidade funcional pelo recebimento indevido do produto sem o laudo e o parecer técnico foi instaurado e se encontra tramitando; *e)* os laudos apresentados pela Contratada não foram considerados aptos pela Administração, sendo que os laudos resultantes da denominada "Análise Fiscal" demonstram que o produto, objeto do cronograma 141/2008, não estava em perfeitas condições para o uso alimentício; *f)* quanto às indagações "f" e "g" da PFM, os laudos técnicos indicaram que o produto estava de acordo com o edital, razão pela qual foi regularmente recebido; *g)* foi instaurado

[4] Esclarecimentos prestados pelo Departamento de Merenda Escolar sobre os questionamentos feitos por este Tribunal de Contas no acompanhamento da execução contratual.

procedimento de apuração de responsabilidade funcional; *h)* os pagamentos ocorreram mediante comprovação de recebimento do produto e o pagamento referente ao cronograma 141/2008 é objeto de apuração; *i)* falhas e eventuais irregularidades havidas na execução do ajuste vêm sendo objeto de procedimento de apuração de responsabilidade funcional; j*)* não foi lavrado o termo de recebimento definitivo, tendo a execução do contrato se exaurido, remanescendo, todavia, pendência judicial entre as partes.

Por fim, esclareceu que não havia sido lavrado o Termo de Recebimento Definitivo em razão de Mandado de Segurança impetrado pela Contratada, processo 053.09035028-9. Informou, também, o ajuizamento ação objetivando a anulação das medidas administrativas que validaram a análise feita no produto, processo 053.09038488-4.

O Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED – da PGM, novamente oficiado, encaminhou documentos e cópias do processo administrativo 2009-1.164.475-3, relativo à sindicância instaurada, noticiando que o referido processo encontrava-se na Assessoria Técnica e Jurídica da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos.

Nos derradeiros encaminhamentos de instrução, a Auditoria manteve suas conclusões anteriores pela irregularidade da licitação, da Ata de Registro de Preços e de seus aditivos, do contrato e da respectiva execução contratual, ressaltando que a imposição da aplicação do "delta" era norma editalícia e não houve impugnação ao edital, restando à Administração tão somente aplicar suas próprias regras.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fls. 2.312/2.317, salientou que, em relação à aplicação do delta, as medidas adotadas pela Origem tiveram por escopo a manutenção do fornecimento do produto indispensável na merenda escolar, permitindo, assim, a relevação da impropriedade apontada pela Auditoria. Opinou, ainda, pela regularidade dos instrumentos sob análise, com exceção da execução contratual, e, nesse aspecto, sugeriu aguardar o trânsito em julgado dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais em andamento.

Considerando a independência entre as instâncias e a possibilidade de apreciar o feito com base nos elementos colhidos pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, bem como diante do fato de que o sobrestamento do feito poderia gerar atraso, uma vez que há possibilidade da contratada recorrer da decisão judicial ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a marcha processual não foi interrompida.

Diante desse encaminhamento, a Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela irregularidade da execução contratual, por ter havido recebimento de produto (leite em pó), sem o acompanhamento de seu necessário laudo laboratorial técnico.

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Municipal, a mesma acompanhou o posicionamento da AJCE e requereu o acolhimento dos ajustes examinados, e, quanto à execução contratual, requereu seja declarada parcialmente irregular, nos termos do r. despacho do Exmo. Secretário Municipal de Educação à época (DOC de 15/08/2009), mantido em grau de recurso pelo Exmo. Sr. Prefeito à época.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria-Geral propôs o acolhimento do edital e do Pregão 042/2007, da Ata de Registro de Preços 35/2007 e de seus aditivos e do Contrato 164/2008 e, de outra parte, propôs o não acolhimento da execução contratual, pela ausência de laudo laboratorial técnico quando do recebimento do produto.

É o Relatório.

VOTO

De início, tratarei das irregularidades que, no caso concreto, revestem-se de maior relevância para o exame dos ajustes em julgamento. São elas: *(i)* não atendimento da aplicação do delta determinado no item 15.3 da Ata de Registro de Preço; *(ii)* cronograma 141/2008: recebimento do leite sem apresentação do laudo laboratorial exigido no Edital e sem documento de conferência emitido pela Comissão Permanente de Recebimento de Alimentos; e *(iii)* cronograma 001/2009: no laudo apresentado, constava que o produto estava em desacordo com o Edital e com o contrato e, mesmo assim, foi aceito pela Médica Veterinária e pela Diretora do Departamento de Merenda Escolar, em desobediência às regras dispostas no Edital e no Contrato.

Aplicação do Delta

O item 15.3 da Ata de Registro de Preços 35/SMG-CGBS-DME/2007, dispõe que:

O diferencial de preço entre a proposta inicial de detentora e a pesquisa de mercado efetuada pela Prefeitura do Município de São Paulo à época da abertura da proposta (delta), bem como eventuais descontos concedidos pela detentora, serão sempre mantidos, inclusive se houver prorrogação da vigência desta Ata.

Conforme apurado na fase licitatória, e assinalado pela Auditoria às fls. 1698, verso[5], o delta a ser aplicado seria de 0,7855 sobre a média do preço de mercado do leite, pesquisado para efeitos de registro de preço e contratação. Da leitura do dispositivo, constata-se claramente que toda alteração de preço deveria respeitar o delta de 78,55%, o que não ocorreu, senão vejamos:

[5] Cálculo do delta: -Valor médio por quilo obtido na pesquisa (fl. 25) – R$ 14,13 - Valor por quilo adjudicado (fl. 639) – R$ 11,10 - delta: R$ 11,10:R$ 14,13 = 0,7855

Os preços praticados nos Termos Aditivos 001 e 002 à Ata de Registro de Preços 035/SMG-CGBS-DME/2007, foram de R$ 10,99/Kg e R$ 8,60/kg. Se atendida a aplicação do delta determinado no item 15.3 da Ata de Registro de Preço, no cálculo do valor contratado, os valores seriam: R$ 8,67 (Termo Aditivo 001) e RS 6,78 (Termo Aditivo 002).

Assim, o preço utilizado na aquisição (Contrato 164/2008/SMG/DGSS/DME) foi de R$ 8,60/kg quando o correto seria de R$ 6,78/kg, se aplicado o "delta", gerando, em princípio, uma contratação a maior em R$ 1.092.000,00.

A realização de pesquisa de preços pela Origem, previamente à celebração dos Termos Aditivos, não é apta a elidir a irregularidade, na medida em que tal sistemática é inerente a qualquer procedimento de contratação, sobretudo aqueles envolvendo o gerenciamento das Atas de Registro de Preços. Na hipótese dos autos, a realização da pesquisa de preços não afasta a aplicação do delta, o qual impõe a necessidade de **manutenção dos descontos concedidos na fase de propostas durante toda a execução contratual,** conforme previsão expressa. Ora, nos processos em julgamento, toda alteração de preço deveria respeitar o delta de 78,55%, em relação ao valor médio apurado em pesquisa de mercado. Ou seja, para a aplicação do delta é imprescindível a realização de pesquisa de mercado.

Aliás, essa é a única forma de assegurar, inclusive, a regra contida no item imediatamente seguinte 15.4 da Ata de Registro de Preços: Durante a vigência desta Ata, os preços registrados não poderão ficar acima dos preços praticados no mercado. Por conseguinte, independentemente de provocação da COMPRENS, no caso de redução, ainda que temporária dos preços de mercado, a detentora obriga-se a comunicar à COMPRENS o novo preço que substituirá o então registrado.

Essa é uma forma de gestão da Ata, que visa tratar as oscilações de preço no período de sua validade, considerando, ainda, o período de tempo havido entre a licitação e a contratação.

Ademais, esse último dispositivo faria com que a própria detentora da Ata informasse eventuais variações dos preços de mercado, com a consequente aplicação do delta.

De outra parte, as alegações de defesa de que a aplicação do delta implicaria em pretensa inexequibilidade do Contrato, somente poderia ser analisada se ficasse demonstrada cabalmente a inviabilidade do valor comercial envolvido, diante de variações significativas no mercado, não bastando o mero apelo à doutrina, até porque não pode a Administração descumprir as regras e condições do Edital, sob pena de desrespeitar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ademais, tampouco se verifica uma diferença percentual superior a 30% (trinta por cento) em relação ao desconto oferecido, percentagem tida pela Jurisprudência como indicativa de inexequibilidade da proposta.

Sobre o tema, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[6]:

> *Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja a nulidade do procedimento, Além de mencionado no art. 3º da Lei 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".*
> *E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.*

Assim, na esteira das manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, entendo que a não aplicação do delta impede o acolhimento dos instrumentos.

Cronograma 141/2008 e Cronograma 001/2009 X Laudos Laboratoriais

Os apontamentos relativos ao recebimento do produto sem apresentação do laudo laboratorial por parte da empresa fornecedora, e, também, sem a documentação de conferência emitida pela Comissão de Recebimento de Alimentos – CPRA, no cronograma 141/2008, bem como, paralelamente, a apresentação de laudo em desacordo com o edital e com o contrato no cronograma 001/2009 da mesma forma merecem destaque.

Para melhor compreensão, imperioso contextualizar os fatos:

O Contrato 164/2008/SMG/DGSS/DME, previu dois cronogramas de entrega: *(i)* **cronograma 141/2008**: 400.000 kg de leite em pó a serem entregues nos meses de novembro e dezembro; e *(ii)* **cronograma 001/2009**: 200.000 kg de leite em pó a serem entregues no mês de março de 2009. A primeira entrega, referente aos 400.000 kg de leite em pó, prevista no cronograma 141/2008, foi realizada entre os dias 24/11/2008 a 11/12/2008, sem apresentação dos seguintes documentos previstos expressamente na Ata: 1) Laudo de Análise Laboratorial; 2) Documento de conferência emitido pela Comissão Permanente de Recebimento de Alimentos – CPRA; 3) Comprovação da realização da Análise Complementar.

[6] Direito Administrativo. São Paulo: Atlas. 28ª ed., 2015, pp.421/422.

Por ocasião da realização dos trabalhos de Auditoria, esses documentos foram solicitados ao Departamento de Merenda Escolar que, em resposta (fl.1387), informou que não foram apresentados e que as providências para averiguação do ocorrido estavam sendo tomadas.

Já quanto à segunda entrega, referente aos 200.000 Kg de leite em pó, prevista no cronograma 001/2009, que seria realizada entre os dias 02 a 06/03/2009, o produto não foi recebido[7], e tal decisão foi tomada diante do fato de que o Laudo de Análise Laboratorial apresentado para a Comissão Permanente de Recebimento de Alimentos – CPRA estava em desacordo com o edital, com uma composição de nutriente abaixo do previsto.

Após esses fatos, referentes a ambos os cronogramas, a Origem notificou a Contratada para: *(i)* justificar a inexistência do Laudo quando da entrega do produto e; *(ii)* apresentar o Laudo dos lotes entregues. Nessa Notificação informou que o produto - Leite em Pó Integral – Marca Universal, existente no armazém na quantidade de 270.010 kg, estava interditado até a conclusão a respeito da conformidade das especificações técnicas com as análises a serem realizadas.

Em cumprimento à Notificação, a Contratada apresentou defesa prévia e encaminhou os laudos de análise laboratorial, os quais foram aceitos pelo Departamento de Merenda Escolar, que consequentemente autorizou o recebimento do produto objeto dos lotes 629 e 929.[8]

Nos novos laudos apresentados, todavia, o resultado não se mostrou em consonância com os parâmetros estabelecidos na disciplina específica do Município, pois a análise de proteínas foi considerada insatisfatória em relação aos patamares definidos previamente pelo Edital e, necessariamente, contemplados na proposta do Licitante. Cabe ressaltar que a exigência de conteúdos nutricionais reforçados é opção da Administração Municipal, a qual, uma vez prevista, vincula a Contratante e a Contratada.

Em outro sentido, os resultados das análises posicionaram ainda a composição nutricional em face da Instrução Normativa 11, de 09.09.99 do Ministério da Agricultura e do Abastecimento – MAPA, que difere da previsão do Edital, e, nessa perspectiva, alcançariam uma avaliação dita "satisfatória". Essa é a conclusão contida no laudo:

Conclusão 1: de acordo com as análises realizadas e os limites estabelecidos pela Prefeitura de São Paulo – Edital Processo 2007-0.236.021-6- Pregão 042/2007, para o produto em questão, a amostra apresentou resultado físico químico INSATISFATÓRIO, para análise de proteína. Conclusão 2: de acordo com as análise realizadas e os limites estabelecidos pela IN nº 11, de 09/09/99 – MAPA a amostra apresentou resultado físico químico SATISFATÓRIO, para a análise de proteína.

---

[7] A empresa contratada, comercial Milano, apresentou o Laudo nº 132020-FQ, emitido pela CERELAB, cópia às fl. 1.382/1.384

[8] Os laudos apresentados para os lotes 629 e 929 foram elaborados pelo laboratório SFDK, fl. 1.444/1.465.

Ou seja, não poderia a Administração validar produto exigido pelo Município com conteúdo nutricional reforçado sob a alegação de que atendia ao mínimo previsto em Instrução de Órgão Federal.

Depois do laudo mencionado, foi determinada uma nova análise denominada "Análise Fiscal do Produto", que gerou documento no qual concluiu-se que o leite em pó entregue no cronograma 141/2008 era impróprio para o consumo, pois identificou-se o *bacillus cereus* acima do estabelecido na RDC 12/01-ANVISA/MS, além de apresentar distorções, por exemplo, nos níveis e concentrações de soro e proteína. A referida "Análise Fiscal" do produto consubstanciou-se nos Laudos de Análise Laboratorial emitidos pelo Laboratório de Bromatologia e Microbiologia de Alimentos da Universidade Federal de São Paulo, fl. 2192/2195.

Ato contínuo, a Contratada foi notificada para se manifestar sobre os problemas identificados, e, por solicitação sua, foi agendada e realizada a coleta para nova perícia no tocante aos itens que estavam em desacordo. Surpreendentemente, nenhum representante da empresa compareceu na data indicada. Diante da ausência, o Departamento de Merenda Escolar houve por bem considerar válido o resultado anteriormente obtido.

A Contratada, no entanto, requereu autorização para troca do produto interditado, o que motivadamente foi indeferido pela Administração, pois muito embora fosse de uma empresa de renome, não atendia às especificações do edital.

Diante dessa situação, além da instauração da competente sindicância visando apurar as responsabilidades dos servidores que receberam os produtos em desacordo com as normas previstas, conforme despacho publicado no DOC de 15/08/2009, o Exmo. Secretário de Educação, à época, assim decidiu:

Aplicar multa no valor de R$ 688.000,00 (seiscentos e oitenta e oito mil reais) à contratada, correspondente a 20% sobre o valor do produto entregue em desacordo com o ajuste;

a) Impedir a referida empresa de contratar com a Administração por 2 (dois) anos;

b) Calcular o valor do custo havido para a aquisição de armazenamento do produto para futuro pedido de ressarcimento; e

c) Indeferir o pedido para eventual reposição do produto.

Pelo exposto, fica caracterizado o descumprimento do contrato logo de início, com a entrega do produto desacompanhado do necessário Laudo Laboratorial, no cronograma 141/2008. E, mais adiante, na entrega referente ao cronograma 001/2009, a inadequada execução contratual também se apresenta ,

seja na impropriedade formal das regras que eram previstas e necessária ao bom gerenciamento do contrato, naquilo que se refere aos laudos laboratoriais, seja no que diz respeito ao conteúdo que os mesmos tinham o propósito de assegurar, o que é ainda mais importante.

Em relação aos demais apontamentos feitos inicialmente pela Auditoria, e considerando os elementos trazidos pela Origem, contemplados nos posicionamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, entendo que os mesmos não integram o conjunto de elementos que culminam com a conclusão de irregularidade que segue disposta.

Diante do exposto, **acolho** o Edital, o Pregão 42/2007 e a Ata de Registro de Preços 035/SMG-CGBS-DME/2007, e julgo **irregulares** os Termos Aditivos 01 e 02, o Contrato 164/2008, diante da não aplicação aos preços contratados do delta previsto no item 15.3 da Ata de Registro de Preços.

No tocante à execução contratual analisada, julgo-a **irregular** pela ausência de laudo laboratorial técnico quando do recebimento do produto, bem como pela demonstração de que o leite fornecido estava impróprio para o consumo.

Aplico ao Secretário Municipal de Gestão à época, e à Contratada, pela negligência nos procedimentos de conferência e pela entrega de produto impróprio para o consumo, multa, no valor máximo, nos termos do arts. 52 e 53 da lei Orgânica deste Tribunal de Contas e dos arts. 86 e 87 do Regimento Interno.

Determino a remessa de ofício à Origem, para que no prazo de 30 (trinta) dias, esclareça a este Tribunal de Contas:

a) o andamento atual das providências determinadas pelo então Secretário Municipal de Educação em despacho publicado no Diário Oficial da Cidade atinentes à aplicação de multa à Contratada, ao cálculo do custo havido para a aquisição de armazenamento do produto, bem como à existência de pedido de ressarcimento de tal custo à Contratada;

b) o resultado da sindicância instaurada; e

c) os procedimentos atualmente adotados para o recebimento de leite em pó. Por fim, mesmo tendo presente a independência entre as instâncias, registro a existência de Ação de Nulidade de Ato Administrativo, ajuizada pela Comercial Milano Brasil Ltda. (Contratada) visando à anulação do ato administrativo que validou a análise feita no leite, considerando-o impróprio para o consumo.

Esta Ação foi julgada improcedente e está em grau de recurso (Processo 0038488-50.2009.8.26.0053). Em virtude de decisão que, em

sede liminar, nos autos dessa ação, impediu que a Municipalidade fosse ressarcida da quantia paga à Contratada, a Fazenda Municipal interpôs Agravo de Instrumento, no qual foi concedido efeito suspensivo ativo, determinando que os valores discutidos na presente demanda sejam imediatamente depositados em juízo, observando-se a devida correção monetária da quantia em questão. (2.875ª S.O.)