JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.653.03-12

ANÁLISE. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SEMPLA. Preparo, fornecimento e distribuição de refeições. Alimentação escolar. Decorrente de Ata de RP. Relevada a publicação extemporânea do extrato do contrato. Despacho autorizatório e NE do TA extemporâneas. Infringência aos arts. 60 e 61, Lei 4.320/1964, Dec. Mun. 23.639/87 e art. 43, Dec. Mun. 41.772/02. Contrato ACOLHIDO. Votação unânime. TA IRREGULAR. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 60 e 61, Lei 4.320/64. Dec. Mun. 23.689/87 e art. 43, Dec. Mun. 41.772/02.

2.680ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.657ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos para proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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 Contrato 117/SEMAB-DAS/2003, atrelado à Ata de Registro de Preços 011/2002, relevando a impropriedade da publicação a destempo de seu extrato.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea “h”, da Lei Municipal 9.167/1980, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em deixar de acolher o Termo de Aditamento 76/SEMAB/DAS/2003, por infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/1964, ao Decreto Municipal 23.639/1987 e ao artigo 43 do Decreto Municipal 41.772/2002, em virtude da prolação extemporânea do despacho de autorização e da emissão intempestiva da nota de empenho.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA, consoante voto apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, que acolheram o termo de aditamento.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de junho de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em foco de discussão e julgamento os seguintes instrumentos :

a) Contrato nº 117/SEMAB-DAS/2003, pactuado entre a Secretaria Municipal de Abastecimento – SEMAB, atual Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão - SEMPLA e SP Produtos Alimentícios e Serviços Ltda., objetivando o fornecimento estimado de 1.896.578 (um milhão, oitocentos e noventa e seis mil, quinhentos e setenta e oito) refeições, no valor de R$ 2.168.898,36 (dois milhões, cento e sessenta e oito mil, oitocentos e noventa e oito reais e trinta e seis centavos), para consumo das unidades abastecidas pelo Departamento de Alimentação e Suprimento (fls. 26/33);

b) Termo de Aditamento nº 076/SEMAB-DAS/2003 elevando o fornecimento para 2.063.378 (dois milhões, sessenta e três mil, trezentos e setenta e oito) refeições (fls. 69/70).

De acordo com os relatórios de fls. 42/44 e 84/86 , este substituindo o exame anterior da Nota de Empenho nº 28878, a Coordenadoria III concluiu pela regularidade do Ajuste Originário, e pela irregularidade do Aditamento, por infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/1964[1], Decreto Municipal

[1] Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
§ 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.
§ 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.
§ 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.
Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

nº 23.639/1987, e artigo 43 do Decreto Municipal nº 41.772/2002[2], em virtude da prolação extemporânea do Despacho de Autorização e da emissão intempestiva da Nota de Empenho.

Após a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhando essas conclusões, a Secretaria prestou os esclarecimentos constantes do ofício de fl. 60, consignando que o Despacho referido foi exarado em 29.05.2003, pouco antes da expiração da vigência do ajuste e a emissão da Nota de Empenho na data de sua publicação (30.05.2003) bem assim a formalização da alteração contratual pelo Termo de Aditamento nº 076/SEMAB-DAS/2003.

De sua vez, o então Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Abastecimento – SEMAB apresentou a defesa de fls. 99/104, onde, em rigorosa síntese, sustentou a ausência de prejuízo ao Erário e de má-fé, destacando, ainda, as condições vantajosas do Contrato para a Administração e o aumento do quantitativo dentro dos limites legais.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, na derradeira intervenção de fls. 107/110, retificou parcialmente suas conclusões anteriores, considerando também irregular o primitivo Contrato nº 177/SEMAB-DAS/2003, por infringência aos artigos 60, § único, e 62 da Lei Federal nº 8.666/93[3], devido a ausência de ajuste escrito no interregno de 01.04 a 06.04.2003.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou seu posicionamento anterior, opinando pela regularidade do Contrato e pela irregularidade do Termo de Aditamento, entendimento esse amplamente recepcionado pela Secretaria Geral (fls. 113/117 e 124/129).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, entretanto, bateu-se pelo acolhimento dos Ajustes analisados, ou, alternativamente, pelo reconhecimento de seus efeitos patrimoniais e financeiros, relevando-se as impropriedades detectadas (fls. 118/123).

É o relatório.

VOTO

---

[2] Art. 43 - Será nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a administração, salvo o que importe em pequenas despesas de pronto pagamento, que deverão ser efetuadas de acordo com a legislação vigente.

[3] **Art. 60** - Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

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

Art. 62 - O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Observo, inicialmente, que o Contrato em discussão foi atrelado à Ata de Registro de Preço nº 011/SEMAB-DAS/2002, analisada e julgada por esta Egrégia Corte no TC nº 72.005.316/01-05, submetendo-se, assim, às condições e demais estipulações desse ajuste matriz.

A polêmica em torno da validade e eficácia do Contrato primitivo, surgida com o novo posicionamento da Auditoria, concluindo pela ausência de lastro contratual no interstício de 01.04 a 06.04.2003 de sua vigência, posto que sua lavratura somente ocorreu em 07.04.2003, foi, a meu ver, corretamente equacionada pela douta Assessoria Jurídica de Controle Externo nos pareceres exarados às fls. 113/117, ressaltando que o Despacho autorizando a utilização da Ata de Registro de Preço (fl. 8) e a Nota de Empenho nº 16.650, cobrindo o valor estimativo inicial (fls. 12/21), foram praticados anteriormente à obrigação assumida pela Secretaria.

Releva, notar, ainda, que aquela Nota de Empenho transcreve, no seu anexo, as cláusulas essenciais da avença, de modo que, diferentemente do entendimento externado pela Auditoria na sua derradeira conclusão de fls. 107/110, havia lastro documental na efetivação do Ajuste analisado, afastando, destarte, a alegada ofensa aos artigos 60, § único, e 62 da Lei Federal nº 8.666/93.

Entretanto, são inteiramente procedentes as conclusões da mesma Auditoria quanto ao Termo Aditivo nº 076/SEMAB-DAS/2003, elevando a estimativa de fornecimento das refeições para 2.063.378 (dois milhões e sessenta e três mil, trezentos e trinta e oito), e desta forma, expandindo o valor contratual para R$ 2.346.858,36 (dois milhões, trezentos e quarenta e seis mil, oitocentos e cinqüenta e oito reais e trinta e seis centavos), como se constata na cópia de fls. 69/70. Esse acréscimo foi coberto pela Nota de Empenho nº 28.878 complementar, somente emitida em 30.05.2003 (fls. 6/8), quase ao final da expiração do ajuste em julgamento.

A par disso, somente em 29.05.2003 foi exarado o Despacho do então Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Abastecimento - SEMAB, cuja publicação coincidiu com a expedição do empenho suplementar (fl. 67).

Assim, inequivocamente, houve infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e aos Decretos Municipais nºs 23.689/87 e 41.772/02, artigo 43, como foi evidenciado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, cujas manifestações me reporto como parte integrante deste pronunciamento.

Isto posto, ACOLHO o Contrato nº 117/SEMAB-DAS/2003, atrelado à Ata de Registro de Preço nº 011/2002, relevando a impropriedade da publicação a destempo de seu extrato, DEIXANDO DE ACOLHER o Termo de Aditamento nº 076/SEMAB-DAS/2003, por infringência aos dispositivos da Lei

Federal nº 4.320/1964 e aos Decretos Municipais citados ao longo da fundamentação deste voto.

É como voto. **(2.657ª S.O.)**.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conforme relatado, o contrato em exame teve um fornecimento inicial estimado de 1.896.578 refeições destinadas à merenda escolar, para o período de dois meses de vigência, a contar de 01/04/2003.

A lavratura do mesmo ocorreu quatro dias após o início de sua vigência. Ademais, houve um aumento da estimativa inicialmente prevista, decorrente da inclusão de novas escolas, conforme informações prestadas pela Origem, correspondente a apenas 8,21% do valor original da contratação.

Todavia, o respectivo Termo Aditivo e a Nota de Empenho complementar foram formalizados extemporaneamente, ao término do mês de maio de 2003.

Com isso, verifica-se que, no caso concreto, os questionamentos lançados pelos órgãos técnicos limitam-se à constatação de falhas de natureza formal, a seguir destacadas: lavratura extemporânea do contrato e, quanto ao Termo Aditivo 076/SEMAB-DAS/2003, extemporaneidade do despacho de autorização, da emissão da nota de empenho vinculada ao quantitativo acrescido, e da respectiva lavratura do termo.

De fato, a regra geral é no sentido de que a emissão do termo e do respectivo empenho ocorram anteriormente à realização da despesa. Contudo, acolho as justificativas apresentadas pela Origem para relevar as falhas apontadas, considerando a natureza do ajuste, feito a partir de quantidades estimáveis, cujas razões de alteração da situação fática ocorrem de forma dinâmica, tais como aumento do número de escolas a serem atendidas naquele ano, conforme de fato ocorreu.

A possibilidade de empenho de dotações orçamentárias suplementares, nestas hipóteses, encontra amparo na Lei 8.666/93, que no § 8º do art. 65 determina que "a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamentos."

Por fim, ressalto que, no caso em análise, não houve a caracterização de extrapolação dos limites legais de acréscimo contratual impostos pela legislação pertinente, nem tampouco a realização de despesa a maior.

Frente ao exposto, voto pelo acolhimento do Contrato 117/SEMAB-DAS/2003 e do TA 076/SEMAB-DAS/2003 **(2.657ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC 2.653/03-12 da análise do Contrato nº 117/2003 e do Termo Aditivo nº 76/2003, firmados entre a Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão e SP produtos Alimentícios e Serviços Ltda., objetivando o preparo, fornecimento e distribuição de refeições, para alimentação escolar.

O Conselheiro Relator Vice-Presidente Roberto Braguim julgou regular o Contrato e irregular o Termo Aditivo por infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/64 e aos Decretos Municipais nº 23.689/87 e 41.772/02, sendo acompanhado pelo Conselheiro Revisor Corregedor Eurípedes Sales.

Divergiu o Conselheiro Maurício Faria que julgou regular o Termo Aditivo, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Domingos Dissei.

Com efeito, registrou-se empate quanto ao Termo Aditivo e, consoante disposição legal, profiro o Voto de Desempate.

Com fundamento nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, acompanho o voto do Conselheiro Roberto Braguim e do Conselheiro Eurípedes Sales, restando, assim, por maioria, julgado irregular o Termo Aditivo nº 76/2003.