JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.820.03-52

2º JULGADO

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de conservação de pavimentos viários. SUBPREFEITURA. Ausência de elementos novos. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.572ª Sessão Ordinária

1º JULGADO

ANÁLISE. CONTRATO. Subprefeitura. Serviços de conservação de pavimentos viários. Decorrente de Ata de RP. Preços superiores ao de mercado. Contratação antieconômica. Art. 28 do Dec. 41.772/72. Art. 3º, 9º, 10, 11 e 12, IV, V, da Lei 13.278/02. IRREGULAR, sem aceitação dos EFEITOS FINANCEIROS. MULTA. Votação unânime.

235ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara

Transitado em julgado 17.11.2011.

2º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relatora a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto da Relatora, em conhecer do recurso "ex officio", por regimental, e dos recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pelo Senhor Givaldo de Souza Cunha, visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelo voto da Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI – Relatora, bem como pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM, quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, pois os recursos não trouxeram elementos que descaracterizassem as irregularidades detectadas na R. Decisão recorrida.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, que, consoante voto apresentado em separado, deu provimento parcial aos recursos para aceitar os efeitos financeiros do instrumento em apreço, glosando, tão somente, a diferença de valores entre a média da pesquisa de mercado praticada e a importância registrada.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de agosto de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente.

YARA NASCIMENTO TACCONI
Relatora.

RELATÓRIO

Em julgamento o Recurso “ex officio” e os voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo ordenador da despesa, Sr. Givaldo de Souza Cunha, contra a decisão de fls. 141, que julgou **irregular** o Contrato n.02/2003, cujo objeto é a prestação de serviços viários de pavimentação para a Subprefeitura de Pirituba, não aceitando os seus efeitos financeiros, tendo em vista a infringência aos artigos, 9º, 10 e 11 e incisos IV e V do artigo 12, da Lei Municipal 13.278/02, e ao artigo 28 do Decreto Municipal 41.772/02, aplicando ao servidor recorrente, multa de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais).

A Procuradoria da Fazenda Municipal aduz em suas razões as seguintes justificativas:

a) a contratação se justifica pelo melhor preço e também por outras condições técnicas;

b) a empresa contratada, conhecedora da região e do tipo de serviços, empenhou-se no treinamento e na reciclagem das equipes envolvidas nos trabalhos, propiciando maior agilidade e qualidade dos serviços contratados;

c) o interesse público foi atendido.

Requereu ao final, a convalidação do ato administrativo e a reforma do "decisum" ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste.

O Sr. Givaldo de Souza Cunha alega em seu recurso, que não praticou atos que resultassem em prejuízos ao erário público; que agiu de boa-fé, e que as irregularidades são de caráter meramente formal, defendendo a aplicação do **princípio da insignificância**, caracterizado quando o custo da recuperação da lesão supera o dano causado ao patrimônio da Administração. Postulou a reforma do acórdão e a exclusão da multa que lhe foi imposta.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se sobre os recursos, atestando o cumprimento dos requisitos legais e regimentais exigidos, opinando pelo **conhecimento**, e no mérito, pelo **improvimento** dos apelos, em razão da inexistência de fatos novos capazes de alterar a decisão recorrida.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou a reforma, ao escopo de inexistirem os motivos invocados para sustentar a irregularidade do contrato em epígrafe. Destacou a inexistência de dano ou prejuízos ao erário, fato que demonstra a regularidade dos atos executados pela Administração.

Ao final, requereu o conhecimento dos recursos, e seu provimento, "*com a conseqüente reforma do r. julgado, de sorte a restar, ao menos, aceitos os seus efeitos financeiros.*"

A Secretaria Geral endossou a conclusão de **admissibilidade** dos recursos interpostos, e, no mérito aduziu que os recorrentes "*apenas reprisaram seus argumentos anteriores, suficientemente rebatidos pela decisão recorrida".*

Destacou que a própria Origem demonstrou que o preço de mercado era inferior ao registrado, o que prejudica a justificativa lastreada em qualidade ou experiência da contratada para a adoção do preço maior, fator suficiente para caracterizar prejuízo.

Opinou, destarte, pelo **improvimento** dos recursos e pela manutenção da decisão guerreada.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Givaldo de Souza Cunha, Ordenador das Despesas, visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, bem como do “ex officio”, por ser regimental.

Quanto ao mérito, reporto-me ao voto exarado pelo Ilustre Conselheiro Roberto Braguim, prolator do voto da 1ª Câmara, que bem analisou a matéria, ficando demonstrada a contratação antieconômica, ocorrida em conseqüência dos atos do Ordenador da Despesa à época, que deixou de cumprir o disposto nos artigos da Lei Municipal 13.278/02, que dispunham sobre a matéria.

Isto posto, na esteira dos posicionamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, **nego-lhes provimento,** pois os recursos não trouxeram elementos que descaracterizassem as irregularidades detectadas.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

CONHEÇO os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Ordenador de Despesa, Senhor Givaldo de Souza Cunha, tendo em vista que presentes os pressupostos regimentais de admissibilidade.

Com relação ao mérito, entendo que os fundamentos carreados nesta sede recursal não possuem o condão de alterar os apontamentos anteriormente explicitados pelo Conselheiro Relator, razão pela qual mantenho o julgamento pela irregularidade, assim como a multa aplicada.

Contudo, posiciono-me no sentido de aceitar, parcialmente, os efeitos financeiros decorrentes, pois os serviços foram efetivamente prestados à Municipalidade, sem restrições, não restou evidenciada má fé por parte dos agentes responsáveis, devendo retornar aos Cofres Públicos apenas a diferença de valores entre a média da pesquisa de mercado praticada e a importância registrada.

Pelo exposto, CONHECIDO os Recursos, JULGO-OS PARCIALMENTE PROCEDENTES para:

- manter a irregularidade e a multa infligida ao Ordenador de Despesa;

- aceitar os efeitos financeiros decorrentes do instrumento em apreço, glosando, tão somente, a diferença de valores entre a média da pesquisa de mercado praticada e a importância registrada.

1º JULGADO

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim - Relator, bem como pelo voto do Conselheiro Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, julgar irregular o Contrato 02/2003, deixando de aceitar os seus efeitos financeiros, tendo em vista a infringência aos termos dos artigos 9º, 10 e 11 e dos incisos IV e V do artigo 12, da Lei Municipal 13.278/02, assim como do artigo 28 do Decreto Municipal 41.772/02.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, aplicar ao Ordenador da Despesa, Senhor Givaldo de Souza Cunha, em face da infringência mencionada, a multa de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais), com supedâneo no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Recorrem “ex officio”, nos termos do artigo 136, inciso V, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro Eurípedes Sales.

Presente o Procurador da Fazenda Francisco Collet e Silva.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de agosto de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Roberto Braguim - Relator.

RELATÓRIO

Em análise o Contrato nº 02/03, decorrente da utilização da Ata de Registro de Preços nº 10/SIS/COGEL/01, firmado entre a Subprefeitura de Pirituba e Agrícola Comercial e Construtora Monte Azul Ltda., para prestação de serviços de conservação de pavimentos viários, por 2 (duas) equipes, pelo período de 3 (três) meses, perfazendo o total de R$ 162.000,00 (cento e sessenta e dois mil reais).

Em sua análise, a Divisão Técnica VI considerou o ajuste irregular, tendo em vista falta de pesquisa de preços, infringindo o artigo 34 do Decreto nº 41.772/02 **(nota 1)** (fls. 54/55), que vigorava na ocasião.

Oficiada por provocação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Subprefeitura de Pirituba, por seu titular, alegou que foi realizada pesquisa, mas, por equívoco, foi anexada em outro expediente, o que já fora corrigido, fazendo juntar aos autos os documentos mencionados (fls. 65 a 68).

Instada a se manifestar, a Douta Assessoria considerou sanada a falta detectada e opinou, então, pela regularidade da contratação (fl. 70), ressalvada a conveniente análise da Auditoria sobre a adequação dos valores praticados.

De sua parte, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ponderou que a pesquisa de preços juntada revela valores inferiores ao preço ajustado, mantendo sua conclusão pela irregularidade do ajuste, desta feita por infringência ao artigo 28 do Decreto nº 41.772/02 **(nota 2)**, vigente à época.

Novamente oficiada, a Subprefeitura esclareceu que, nas contratações, há de se levar em conta a razoabilidade do custo final a ser desembolsado pela Administração para o objeto pretendido, para se chegar à condição mais vantajosa, e, na hipótese tratada, a Contratante levou em consideração que os serviços em questão eram fundamentais para a conservação da malha viária pavimentada da Subprefeitura de Pirituba, visando à segurança e à satisfação dos usuários dessas vias; que a falta destes serviços ou atendimento precário, poderia acarretar acidentes, com possíveis danos físicos e/ou previsíveis prejuízos materiais, e que, caso optasse pela realização de licitação, deveria lançar mão da modalidade Tomada de Preços, o que demandaria um lapso temporal de aproximadamente 40 (quarenta) dias para conclusão.

Acrescentou que, no caso, agiu no intuito de resguardar o interesse público, uma vez que a interrupção implicaria, minimamente, em insatisfação, reclamações e insegurança aos usuários das vias.

Apontou, por fim, que não houve afronta à moralidade, podendo a decisão ser enquadrada no princípio da razoabilidade.

A Subsecretaria, por seu turno, rebateu a defesa apresentada, posto que a opção pelo preço da ata revelou-se, na verdade, antieconômica, com infração ao dispositivo já mencionado.

A Assessoria Jurídica, em nova manifestação, endossou a conclusão do Órgão Técnico, acrescentando que o artigo 28 do Decreto nº 41.772/02, já citado, impede a utilização da Ata de Registro de Preços quando esta se revelar antieconômica, o que ocorreu no caso, uma vez que os serviços foram contratados pelo maior preço (fls. 86/90).

De sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a intimação do Ordenador da Despesa, dando-lhe ciência das conclusões estampadas nos autos, possibilitando-se apresentação de defesa.

Intimado, o Sr. Givaldo de Souza Cunha, Subprefeito de Pirituba à época, alegou que o contrato foi celebrado com a empresa que conhecia bem a região e o tipo de serviço a ser executado, o que proporcionou agilidade e economia de 16,5% (dezesseis e meio por cento) no uso do material (fls. 100/103). Acrescentou que a celebração do ajuste decorreu do receio de descontinuidade dos serviços, no período mais crítico do ano - que são os 3 (três) primeiros meses -, o que poderia ocasionar verdadeiro caos na Cidade. Apontou, também, que a contratação anterior vigorou de 24/02 a 23/03/02.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle salientou que, a par de não ser convincente a argumentação da defesa, não houve justificativa prévia para a contratação com o maior preço, mantendo seu posicionamento pela irregularidade, no que foi acompanhada pela Assessoria Jurídica, a qual, no entanto, propôs o acolhimento dos efeitos do Contrato, pelo fato de os serviços terem sido executados a contento (fls. 113/118), sem prejuízo das cominações cabíveis.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por seu turno, sustentou que a análise da vantajosidade cabe ao administrador público, no exercício de seu poder discricionário, e propôs o acolhimento do contrato ou dos efeitos produzidos, tendo em vista sua execução por terceiro de boa-fé.

O Douto Secretário Geral, na esteira dos Órgãos Técnicos e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendeu irregular o contrato analisado, considerando, porém, que podem ser acolhidos os seus efeitos, em respeito à boa-fé do executante.

É o relatório.

VOTO

A questão que exsurge nestes autos refere-se à utilização de ata de registro com preços superiores aos alcançados em pesquisa efetuada à época da contratação.

No longo curso da instrução, a argumentação desenvolvida não logrou afastar a necessidade ou mesmo a indispensabilidade da comprovação da compatibilidade do preço registrado e do vigente no mercado, quando da celebração do ajuste, no sentido de se impedir eventual contratação antieconômica.

O tema foi abordado com bastante propriedade no parecer da Secretaria Geral, às fls. 119/124, o qual enfoca a natureza dos registros

mencionados, sua aplicabilidade, extensão e requisitos, com especial enfoque à questão da economicidade, que me permito reproduzir:

'É evidente que o princípio da economicidade, ou a vantajosidade da contratação para a Administração Pública não se baseia apenas na escolha do menor preço. Contudo, a qualidade técnica e outros benefícios para o interesse público devem estar inequivocamente demonstrados, no respectivo processo, o que não ocorreu no caso presente.

A superioridade técnica da contratada, alegada em defesa, não se sustenta, ante os termos do artigo 3º da Lei Municipal nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002, que reserva o sistema de Registro de Preços apenas para os serviços habituais e rotineiros:

> *"**Art. 3º -** O fornecimento de materiais em geral e a prestação de quaisquer serviços, em ambos os casos, desde que habituais ou rotineiros, poderão ser contratados pelo sistema de registro de preços."*

E serviços habituais ou rotineiros não se compatibilizam com qualificação técnica complexa, a justificar a rejeição à escolha do menor preço.

Ademais, a lei municipal de licitações prevê solução expressa para a hipótese de o preço do detentor da ata de registro de preços torna-se superior aos de mercado:

> *"**Art. 11 –** A qualquer tempo, cada um dos preços registrados poderá ser revisto em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, cabendo ao órgão responsável convocar os fornecedores registrados para estabelecer novo valor.*
>
> ***Art. 12 -** O detentor da ata de registro de preços, assegurado o contraditório e a ampla defesa, terá seu registro cancelado quando:*
>
> ***IV –** não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de tornar-se superior àqueles praticados no mercado."*

Conforme se verifica à fl. 55, ao preço registrado de R$ 23.603,22 por mês foi acrescentado um reajuste de 14, 39%, o que resultou em R$ 27.000,00, superior ao dos preços pesquisados, respectivamente, R$ 25.800,00 (fl. 66), R$ 24.980,00 (fl. 67) e R$ 25.000,00 (fl. 68).

Cumpria ao administrador responsável, portanto, convocar o detentor da ARP, para reduzir seu preço, em compatibilidade com os praticados no mercado, o que não foi feito.'

Por esses motivos e baseando-me nas peças técnicas insertas aos autos e que incorporo ao presente, como razões de decidir, julgo irregular o Contrato nº 02/03, deixo de aceitar os seus efeitos financeiros, por infringência aos termos dos artigos 9º, 10, 11 e incisos IV e V do artigo 12, da Lei Municipal nº 13.278/02 **(nota 3)**, e artigo 28 do Decreto Municipal nº 41.772/02, e aplico ao Ordenador da Despesa, Sr. Givaldo de Souza Cunha, em decorrência, a multa de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais), com supedâneo no artigo 52, inciso II, da Lei nº 9.167/80 **(nota 4)**.

Notas:

(1) Art. 34 - A celebração dos contratos decorrentes das atas de registro de preços deverá ser precedida de prévia pesquisa de preços, que revele a conveniência da contratação, na forma do artigo 4º deste decreto.
(2) Art. 28 - O registro de preços, elaborado na forma do artigo 27 deste decreto, será obrigatoriamente utilizado por todos os órgãos municipais da administração direta, salvo quando a contratação revelar-se antieconômica ou quando houver necessidade específica devidamente justificada.
(3) Art. 9 - O controle e o reajuste dos preços de bens e serviços, considerada sua natureza, será estabelecido mediante ampla pesquisa de mercado.
Parágrafo único - Os vencedores da concorrência que tiverem seus preços registrados ficam obrigados a fornecer todos os dados necessários ao atendimento do disposto no "caput" deste artigo.
Art. 10 - A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações de que deles poderão advir, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, sendo assegurada ao detentor do registro de preços a preferência em igualdade de condições.
Art. 11 - A qualquer tempo, cada um dos preços registrados poderá ser revisto em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, cabendo ao órgão responsável convocar os fornecedores registrados para estabelecer o novo valor.
Art. 12 - O detentor da ata de registro de preços, assegurado o contraditório e a ampla defesa, terá seu registro cancelado quando: (...)
IV **-** não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de tornar-se superior àqueles praticados no mercado.
V - presentes razões de interesse público.
(4) Art. 52 - As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: (...)
II - Multa.