TC 3.210/2014

ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SME. Serviço de nutrição e alimentação escolar. 1. Insuficiência e extemporaneidade dos recursos provisionados. 2. Publicação extemporânea do extrato do contrato. 3. Insuficiência da garantia contratual. 4. Ausência de certificação da pesquisa de mercado. 5. Falta de empenhamento de recursos financeiros para atendimento à despesa no exercício. 6. Afastada a acessoriedade. Para a aplicação do princípio da acessoriedade deve ser apurado se a falha ocorrida no certame efetivamente repercutiu na contratação. ACOLHIDOS excepcionalmente. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 3.210/2014 e 4.245/2014.

3.154ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/003210/2014 e TC/004245/2014, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, após determinação de Sua Excelência, na 3.142ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDUARDO TUMA – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator votado na 3.104ª S.O..

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em acolher, excepcionalmente, o Contrato 03/SME/DME/2011 e seus respectivos Termos de Aditamento 01 a 07, relevando as falhas constatadas, na esteira das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, visto se tratarem de questões formais que não são suficientes para macular a contratação, embora demonstrem a necessidade de aperfeiçoamento da ação administrativa.

Vencidos os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, com relatório e voto, e EDUARDO TUMA – Revisor, que não acolheram o contrato e os termos aditivos, por força do vício constatado no processamento da licitação que lhes deu origem.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDUARDO TUMA – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de junho de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO ENGLOBADO

O TC nº 3210/2014 focaliza o Contrato nº 03/SME-DME/2011, pactuado com a empresa SHA Comércio de Alimentos Ltda., objetivando a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, e sete aditamentos tratando de inclusão de unidades escolares, prorrogação de prazo, substituição de índice de reajuste, ao passo que o TC nº 4.245/2014 cuida do Acompanhamento da Execução Contratual, analisados englobadamente.

Na análise do Ajuste original a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu por sua irregularidade, por decorrer de licitação viciada, bem assim pela insuficiência e extemporaneidade dos recursos provisionados, infringindo o artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/1964[1], e pela intempestividade da publicação do respectivo extrato, ofendendo o art. 26 da Lei Municipal 13.278/2002[2], o mesmo ocorrendo em relação a todos os Aditamentos, tudo conforme certificado nos Relatórios de fls. 1228/1331 (Contrato) e 1232/1246 (Aditamentos), todos endossados pelo Chefe da Coordenadoria de Fiscalização e Controle (fl. 1247).

Apresentaram defesas, pela ordem de encarte, **Tiago Rossi**, Procurador do Município, que ocupou o cargo de Diretor da Merenda Escolar até 08/03/2011 (fls. 1268/1298); a Contratada **SHA Comércio de Alimentos Ltda.** (fls. 1300/1305); **João Tiago de Oliveira Poço**, antigo Secretário Adjunto da SME

[1] 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.
[2] Art. 26 - o termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

(fls. 1310/1316); **Antonio Cesar Russi Callegari**, ex- Secretário Municipal de Educação (fls. 1319/1330); **Sinoel Batista**, ex-Chefe de Gabinete (fls. 1339/1348); **Célia Regina Guidon Falótico**, ex Secretária Municipal de Educação (fls. 1349/1352); e **Ataíde Alves**, ex Chefe de Gabinete (fls. 1359/1380), todos rebatendo ou questionando os apontamentos conclusivos da Auditoria, consoante as razões e/ou esclarecimentos prestados em suas contraditas.

Essas defesas foram apreciadas pela SFC, na manifestação de fls. 1383/1386, na qual esclareceu que a existência de recursos na dotação orçamentária não elide a obrigatoriedade do provisionamento e empenhamento da despesa para atender a totalidade do exercício, de acordo com a legislação vigente; o reconhecimento do atraso na publicação do extrato dos Ajustes; a falta de certificação da pesquisa de mercado; e, finalmente, a ausência das cópias de empenhos anteriores à vigência dos Ajustes celebrados.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo assim opinou sobre as seguintes irregularidades apuradas pela SFC:

- Insuficiência dos recursos provisionados:

a Secretaria atendeu às limitações das cotas orçamentárias estabelecidas pelo artigo 3º do Decreto Municipal nº 52.087/2011[3], não se podendo responsabilizar os agentes públicos no cumprimento daquela disposição, sintonizando com a Ementa nº 11.492 do Parecer aprovado pela Procuradoria Geral do Município;

- Extemporaneidade dos recursos provisionados:

pela relevação da irregularidade considerando o curto tempo de vigência dos Ajustes e o da emissão das Notas de Empenho;

- Extemporaneidade da publicação:

pela relevação da irregularidade por sua natureza formal;

- Insuficiência da garantia contratual:

pela relevação por se tratar de cobertura ínfima;

- Pesquisa de mercado:

pela relevação ante a não demonstração da incompatibilidade dos preços praticados com os correntes de mercado.

[3] Art. 3º- A execução da despesa orçamentária da Administração Direta, inclusive os Fundos Especiais, e da Administração Indireta, inclusive Empresa Estatal Dependente, obedecerá aos valores das Cotas Orçamentárias, cujo valor inicial será publicado oportunamente por meio de portaria intersecretarial das Secretarias Municipais de Finanças e de Planejamento, Orçamento e Gestão.

A Unidade opinou, na sua conclusão, pela relevação das irregularidades assinaladas, com eventual recomendação, observando que a aplicação do princípio da acessoriedade contaminaria o Ajuste matriz e suas alterações subsequentes, em razão dos vícios apontados no julgamento do Pregão nº 20/SME-DME/2010 (fls. 1388/1393 e 1394).

A seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo, propugnando pela acolhida dos Ajustes, com relevação de eventuais impropriedades, anotando, ainda, a ausência de indícios de dolo ou culpa e de prejuízos ao Erário.

Nessa mesma esteira caminhou a Secretaria Geral, opinando pela regularidade, com ressalvas, do Contrato 03/SME-DME/2011 e seus sete aditamentos, além de eventuais recomendações ou determinações à Secretaria e dos eventuais efeitos oriundos do julgamento da Licitação.

Registro, também, que o ex-Secretário Alexandre Alves Schneider deixou transcorrer “in albis” o prazo para defesa, apesar de regularmente intimado (FLS. 1382) e haver comparecido aos autos solicitando dilação temporal (fls. 1331/1335).

No âmbito da Execução, objeto do TC 4.245/2014, apreciado englobadamente, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou , no item 4.1 do Relatório de fls. 461/470, endossado pela Supervisão e Coordenação dos respectivos Controles (fl. 471), impropriedade nos itens 1.15.2 e 3.6 do Anexo II do Edital do Pregão, devido à falta de evidências da visita feita pela nutricionista às EMEF Gregório Westrupp e EMEI Rachel Mesquita, em razão do que propôs a aplicação de penalidades e recomendações à Secretaria. Consignou como responsáveis por essas falhas os servidores Luciana Fátima Moi Pereira da Costa (EMEF Gregório Westrupp), Neusa Teixeira Pires (EMEI Raquel Mesquita Salles de Oliveira) e Ataíde Alves (Chefe de Gabinete).

A Diretora da Escola Neusa T. Pires informou, em sua defesa, a mecânica de controle das atividades das nutricionistas, o bom funcionamento da cozinha terceirizada e o recesso escolar na semana de 30/06/2014 a 04/07/2014 (fl. 481).

De sua vez, a Diretora Luciana Fátima ofereceu a defesa de fls. 490/491, acompanhada de Planilhas de Controle da Merenda e da nutricionista responsável técnica e de visitas, na qual esclarece as ações tomadas para aferição dos serviços da merenda terceirizada.

A defesa da Secretaria foi complementada pelo Secretário Gabriel Chalita, encaminhando as informações de suas Unidades Técnicas (fls. 505/511).

Essas defesas foram apreciadas pela Auditoria na intervenção de fls. 515/517vº, na qual ratificou suas conclusões precedentes.

A Contratada SHA Comércio de Alimentos Ltda. protocolou a defesa e documentos de fls. 525/539, onde ressaltou a "qualidade, regularidade e continuidade do objeto contratual", entendendo a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no entanto, que nenhum elemento novo trouxe aos autos (fls. 545/vº).

Nos pareceres encartados às fls. 518/520 e 543/545, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou favoravelmente à acolhida da Execução, em caráter excepcional, tendo em vista a regularidade das medições e a qualidade da prestação dos serviços, deixando a critério desta Relatoria propor as determinações e recomendações cabíveis.

A Procuradoria da Fazenda Municipal encampou as defesas da Secretaria e pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando também pela acolhida da Execução ou, alternativamente, a aceitação e reconhecimento dos efeitos produzidos (fls. 549/552).

Essa foi também a linha de entendimento trilhada pela Secretaria Geral, no tocante ao acolhimento da Execução e das recomendações propostas (fls. 554/558).

É o relatório englobado, com a observação de que o ex-Chefe de Gabinete Ataíde Alves não ofereceu defesa, a despeito de regularmente intimado (fl. 512).

VOTO ENGLOBADO

Consigno, inicialmente, que os Ajustes e a Execução analisados nos processos em pauta decorrem do Pregão nº 20/SME-DME/2010, julgado irregular pelo v. Acórdão de 22/maio/2019, prolatado no TC nº 3.243/2012, de forma que todos esses instrumentos estão tisnados de irregularidade por vício de origem, por força da aplicação do PRINCÍPIO DA ACESSORIEDADE.

Sem embargo, passo a analisar as irregularidades apontadas pelas Unidades Técnicas e Jurídicas, e a manifestação da PFM, no exame e avaliação dos Ajustes e do Acompanhamento da sua Execução.

Como já relatei, a SFC concluiu, na análise individualizada dos Ajustes em comento, pela insuficiência e extemporaneidade dos recursos provisionados e pela intempestividade da publicação dos respectivos extratos.

Com efeito, o artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/1964[4] veda a realização da despesa sem prévio empenho, salvo casos especiais, ao passo que o artigo 61 seguinte exige a emissão da Nota de Empenho a cada contratação, providências essas também determinadas pelo artigo 3º do Decreto Municipal nº 23.639/1987[5]. Todavia, não se pode olvidar as limitações estatuídas no artigo 3º do Decreto Municipal nº 52.087/2011, sobre a liberação periódica de cotas orçamentárias, o que, a meu ver, exime o agente público da responsabilização cível e administrativa, considerando que certas atividades do Poder Público não podem sofrer solução de continuidade para não prejudicar o atendimento aos escolares.

A extemporaneidade no cumprimento daquelas normas, por força das restrições do Decreto Municipal nº 52.087/2011, é passível de relevação como sugeriram a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, nos pareceres emitidos no TC. 3.210/2014.

Ainda, acolhendo a mesma sugestão, entendo passíveis de relevação, por seu caráter formal, a intempestividade da publicação dos extratos do Contrato e dos TAs. 01, 02, 04, 06 e 07, bem assim a insuficiência da cobertura da garantia, já que não há notícias do descumprimento contratual.

Também considero relevável a falta de certificação da pesquisa de mercado na concreção do Termo Aditivo nº 02, ante a falta de demonstração da incompatibilidade do preço ajustado com as pesquisas de mercado, como também foi bem observado pelas citadas Unidades Jurídicas (fls. 1388/1394 e 1399/1403).

Por outro prisma, entendo, s.m.j., que as irregularidades assinaladas no tocante à realização das visitas das nutricionistas terceirizadas no período avaliado (TC nº 4.245/2014) não foram adequadamente caracterizadas e demonstradas, tendo em linha de conta que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle se limitou a ratificar suas conclusões precedentes, sem sopesar adequadamente as informações e esclarecimentos das Diretoras da Escolas visitadas, que, de qualquer forma, se prontificaram a corrigir eventuais desvios de controle e aprimorar a fiscalização na prestação dos serviços de nutrição, até porque a própria Auditoria não acusou falhas nas medições e na efetiva prestação dos serviços contratados.

Ante o exposto, e considerando os elementos informativos e instrutivos dos autos, NÃO ACOLHO o Contrato nº 03/SME-DME/2011, os sete Aditamentos subsequentes e a Execução acompanhada pelo TC nº 4.245/2014, por força do vício constatado no processamento da Licitação que

[4] Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
[5] Art. 3º - O empenho caracteriza-se pela determinação da autoridade competente, em processo regular, autorizando seja deduzida do saldo existente na respectiva dotação do Orçamento, ou em Crédito adicional, a parcela necessária à realização de una despesa, visando a execução, no todo ou em parte, de um projeto ou a manutenção de uma atividade.

lhes deu origem, consoante o v. Acórdão de 22/maio/2019, projetado no TC nº 3.243/2012.

De outra face, relevo as demais irregularidades assinaladas, pelas razões expostas no corpo deste voto e em consonância com os pareceres emitidos pelas Unidades Técnicas e Jurídicas, a despeito da contaminação dos Ajustes pactuados por força da aplicação do princípio da acessoriedade.

É como voto.

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO apresentado pelo Conselheiro Maurício Faria

Verifica-se que o Pregão Presencial 20/SME/DME/2010, que deu origem ao Contrato 03/SME/DME/2011 e aos Termos de Adiamento 01 a 07, ora analisados, teve seu edital julgado regular, por unanimidade, no âmbito do TC 72.002.976/10-80. Posteriormente, o procedimento licitatório do referido pregão foi julgado irregular, também por unanimidade, mas de forma limitada, somente no tocante ao lote 03, em que foram constatados vícios na habilitação da empresa que ofereceu o melhor preço, como consta do acórdão exarado no TC 72.003.243/12-07. Em consequência, a irregularidade da licitação não repercute no caso em tela, pois o contrato e os termos aditivos analisados nestes autos referem-se aos lotes 05 e 14. Some-se a isso o posicionamento que já externei em outros julgados, com respaldo em doutrina,[6] de que não considero que a regra da acessoriedade da Lei Federal n.º 8.666/93 deva ser aplicada automaticamente, cabendo ser apurado se a falha ocorrida no certame licitatório efetivamente repercutiu na contratação. No processo ora julgado, como a irregularidade da licitação situa-se específica e unicamente na habilitação do lote 03, como já explanado, esta não conduz a um juízo automático de irregularidade do contrato extraído dos lotes 05 e 14.

Quanto às falhas constatadas especificamente em relação ao Contrato 03/SME/DME/2011 e Aditamentos, acolho as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que vislumbraram a possibilidade de relevação delas, visto se tratarem de questões formais que não são suficientes a macular a contratação, embora demonstrem a necessidade de aperfeiçoamento da ação administrativa.

Diante do exposto, **ACOLHO, EXCEPCIONALMENTE**, o Contrato 03/SME/DME/2011 e seus respectivos Termos de Adiamento 01 a 07.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. Interesse Público, nov./dez. v.15, f. 82, Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 44-45. Conforme preconizado pela referida autora, deve ser afastada a acessoriedade automática, pois há casos em que é possível chegar a "outra solução pela intepretação baseada em princípios outros que fazem parte do ordenamento jurídico, além do princípio da legalidade em sentido estrito".

No tocante à execução contratual, o único apontamento foi a falta de evidência da realização de visitas pela nutricionista no mês de julho/2014, tendo sido constatado o registro da visita em relação aos demais meses auditados. Tendo em vista se tratar de uma falha isolada e pontual, tendo, no mais, sido observada, pela Auditoria, a regularidade das medições e a inexistência de questionamentos sobre a quantidade da execução da prestação do objeto, na esteira das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, **ACOLHO A EXECUÇÃO** do Contrato 03/SME/DME/2011, com as RECOMENDAÇÕES efetuadas pela Coordenadoria II para aperfeiçoamento da execução dos contratos de alimentação escolar.

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO apresentado pelo Conselheiro Presidente João Antonio

Trago à colação, para fins de desempate, o voto em conjunto relativo aos TC/003210/2014, referente às análises do Contrato 03/SME/DME/2011 e dos Termos Aditivos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, firmados entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e SHA Comércio de Alimentos Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, bem como o TC/004245/2014, que trata da análise da execução do respectivo ajuste.

Em voto proferido na Sessão Ordinária 3.104ª, o Conselheiro Roberto Braguim, na qualidade de Relator, não acolheu o Contrato 03/SME/DME/2011 e os Termos Aditivos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, (TC/003210/2014), bem como não acolheu a execução contratual, (TC/004245/2014), por força do vício constatado no processamento da Licitação que lhes deu origem, consoante o V. Acórdão de 22/05/2019, licitação esta analisada nos autos do TC/003243/2012, relevando as demais irregularidades apontadas, em consonância com os pareceres emitidos pelas Unidades Técnicas e Jurídicas deste Tribunal.

O Conselheiro Eduardo Tuma, na qualidade de Revisor, acompanhou, na íntegra, o Voto do Relator.

Por seu turno, o Conselheiro Maurício Faria, em Voto em separado, acolheu, excepcionalmente, o Contrato 03/SME/DME/2011 e seus respectivos Termos de Adiamento 01 a 07, relevando as falhas constatadas, na esteira das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, visto se tratarem de questões formais que não são suficientes para macular a contratação, embora demonstrassem a necessidade de aperfeiçoamento da ação administrativa.

Já o Conselheiro Domingos Dissei acompanhou, na totalidade, a divergência apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria.

Registrado o empate em relação ao acolhimento dos ajustes sob análise, avoquei os autos para decisão.

Fundamento e decido.

De início, destaco que as infringências apontadas no Relatório da Auditoria, em relação ao Contrato e aos respectivos Termos Aditivos são de natureza formais, tais como (i) insuficiência e extemporaneidade dos recursos provisionados; (ii) extemporaneidade da publicação do extrato do contrato no DOC; (iii) Insuficiência da garantia contratual; (iv) falta de certificação da pesquisa de mercado realizada e (v) falta de empenhamento de recursos financeiros para atendimento à despesa no exercício.

Tais apontamentos, conforme apontaram em suas manifestações a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, são falhas formais que não são suficientes para macular a contratação, embora apontem para a necessidade da Origem aperfeiçoar sua ação administrativa.

No mesmo sentido, a análise da execução contratual não revelou danos ou prejuízos ao erário, o que se impõe seu acolhimento, haja vista o tempo decorrido e em homenagem aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Diante do exposto, na esteira da corrente divergente, esposadas pelos Conselheiros Maurício Faria e Domingos Dissei, julgo regulares o Contrato, os Termos Aditivos e a respectiva execução contratual sob análise, uma vez que as impropriedades apontadas são de natureza meramente formal, insuficientes para macular os ajustes.

Proclamação do resultado

Por maioria são acolhidas as análises do Contrato 03/SME/DME/2011 e dos Termos Aditivos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, firmados entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e SHA Comércio de Alimentos Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, TC/003210/2014, bem como é acolhida a execução contratual dos respectivos ajustes, por não revelarem danos ou prejuízos ao erário, TC/004245/2014.

Vencidos os Conselheiros Roberto Braguim, Relator, e Eduardo Tuma, Revisor.