II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-701/2023

Processo	-	TC/003451/2007 (Tramitam em conjunto os processos TC/003448/2007, TC/003449/2007, TC/003450/2007, TC/003451/2007, TC/003452/2007 e TC/003453/2007)
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal e de Convida Alimentação Eireli
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 28/08/2019 – Secretaria Municipal de Gestão/Secretaria Municipal de Educação e Convida Alimentação S.A. – Contrato 122/2007-SMG/DME – Prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, visando ao preparo e à distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas que atendam os padrões e dispositivos legais vigentes, para os alunos regularmente matriculados em unidades educacionais da rede municipal de ensino, mediante o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão e mão de obra, bem como a prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos utilizados – Lote 4

3.300ª Sessão Ordinária

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SEGES. SME. Serviço de nutrição e alimentação escolar. Decisão que julgou irregular o contrato. 1. Afastada a prescrição. 2. A avaliação acerca da possibilidade de aceitação dos efeitos financeiros deve ser feita em sede de execução contratual. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/003448/2007, TC/003449/2007, TC/003450/2007, TC/003451/2007, TC/003452/2007 e TC/003453/2007, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Convida Alimentação S.A., tendo em vista o preenchimento dos pressupostos regimentais de admissibilidade, e, no mérito, em negar-lhes provimento, mantendo intacto, em sua integralidade, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, considerando que não houve, nestes autos, determinação para a responsabilização individualizada dos agentes públicos e nem para ressarcimento ao Erário, em razão das providências adotadas pela Pasta, consoante exposto no Relatório, em afastar qualquer possibilidade de alegação de aplicação do instituto da prescrição, limitando-se o julgado à análise de matéria inerente ao exercício da atividade declaratória desta Corte de Contas.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que se dê ciência à Pasta, à Controladoria Geral do Município e aos interessados, bem como o encaminhamento de cópia do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de novembro de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/smv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR

Processo:	**TC/003448/2007 – Item I**
Interessadas:	Secretaria Municipal de Gestão – SEGES (antiga SMG) e SP Alimentação e Serviços Ltda.
Objeto:	Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal. Contrato nº 119/2007 – SMG/DME e TAs nºs 001/2007 e 002/2007. Prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar – Lote 1.
Valor do Contrato:	R$ 57.003.527,64.
Responsável:	Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Coordenador da Coordenadoria de Gestão de Bens e serviços da SMG.

Processo:	**TC/003449/2007 – Item II**
Interessadas:	Secretaria Municipal de Gestão – SEGES (antiga SMG) e Sistal Alimentação de Coletividade Ltda.
Objeto:	Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal – Contrato nº 120/2007 – Lote 2. Prestação de serviço de nutrição escolar
Valor do Contrato:	R$ 33.429.194,40
Responsável:	Rodrigo Mauro Ruiz de Matos – Coordenador da Coordenadoria de Gestão de Bens e Serviços da SMG.

Processo:	**TC/003450/2007 – Item III**
Interessadas:	Secretaria Municipal de Gestão – SEGES (antiga SMG) e Geraldo J. Coan & Cia Ltda.
Objeto:	Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal. Contrato nº 121/2007 – Lote 3. Prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar.
Valor do Contrato:	R$ 44.004.454,68
Responsável:	Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Coordenador da Coordenadoria d Gestão de Bens e Serviços da SMG.

Processo:	**TC/003451/2007 – Item IV**
Interessadas:	Secretaria Municipal de Gestão – SEGES (antiga SMG) e Convida Alimentação S.A.
Objeto:	Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e de Convida Alimentação S/A. Contrato nº 122/2007 –. Prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar – Lote 4.
Valor do Contrato:	R$ 41.911.794,24.
Responsável:	Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Coordenador da Coordenadoria d Gestão de Bens e Serviços da SMG.

Processo:	**TC/003452/2007 – Item V**
Interessadas:	Secretaria Municipal de Gestão – SEGES (antiga SMG) e Terra Azul Alimentação e Serviços Ltda.
Objeto:	Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal. Contrato nº 123/2007 –Prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar – Lote 5.
Valor do Contrato:	R$39.288.029,28.
Responsável:	Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Coordenador da Coordenadoria d Gestão de Bens e Serviços da SMG.

Processo:	**TC/003453/2007 – Item VI**
Interessadas:	Secretaria Municipal de Gestão – SEGES (antiga SMG) e Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda.
Objeto:	Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal. Contrato nº 124/2007 – Prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar – Lote 6.
Valor do Contrato:	R$ 43.199.827,88
Responsável:	Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Coordenador da Coordenadoria d Gestão de Bens e Serviços de SMG

RELATÓRIO

Cuidam os processos constantes de minha pauta de Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Convida Alimentação S/A, em face de Acórdãos prolatado em Sessão Ordinária de 28/08/2019, relativos a Contratos objetivando a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, visando ao preparo e distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, aos alunos da Rede Municipal de Ensino, mediante o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão e mão de obra, prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos utilizados, assim especificados:

1. Contrato nº 119/2007 – SMG/DME e Termos de Aditamento nºs 001/2007 e 002/2007, celebrados entre a Secretaria Municipal de Gestão e SP Alimentação e Serviços Ltda. – Lote 1, no valor de R$ 57.003.527,64 (TC/003448/2007 – item I);

2. Contrato nº 120/2007 – SMG/DME, lavrado entre a Secretaria Municipal de Gestão e Sistal Alimentação de Coletividade Ltda. – Lote 2, no valor de R$ 33.429.194,40 (TC/003449/2007 – item II);

3. Contrato nº 121/2007 – SMG/DME, assinado entre a Secretaria Municipal de Gestão e Geraldo J. Coan & Cia Ltda., no valor de R$ 44.004.454,68 (TC/003450/2007 – item III);

4. Contrato nº 122/2007 – SMG/DME, celebrado entre a Secretaria Municipal de Gestão e Convida Alimentação S/A, no valor de R$ 41.911.794,24 (TC/003451/2007 – item IV);

5. 5. Contrato nº 123/2007 – SMG/DME, ajustado entre a Secretaria Municipal de Gestão e Terra Azul Alimentação e Serviços Ltda., no valor de R$ 39.288.029,28 (TC/003452/2007 – item V);

6. 6. Contrato nº 124/2007 – SMG/DME, avençado entre a Secretaria Municipal de Gestão e Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda. – no valor de R$ 43.199.827,88 (TC/003453/2007 – item VI);

O v. Acórdão recorrido, por votação unânime, considerou irregulares todos os Contratos e os Termos de Aditamento 001/2007 e 002/2007, estes referentes ao Contrato nº 119/2007 – SMG/DME (item I), deixando de determinar a responsabilização individualizada dos agentes públicos, a valoração do ressarcimento ao Erário ou outras medidas, tendo em vista que a Secretaria, em processo administrativo, impôs sanções disciplinares aos envolvidos e noticiou a existência de ação de improbidade administrativa perante a 7ª Vara da Fazenda Municipal, de ação criminal perante a 10ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda e processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, inconformada, interpôs Recursos Ordinários, pleiteando a reforma integral do r. decisum, a fim de que todos os Contratos e os Termos de Aditamento nºs 001/2007 e 002/2007, estes referentes ao Contrato nº 119/2007, sejam considerados formalmente regulares e, em consequência, sejam reconhecidos os efeitos produzidos, ou, subsidiariamente, requereu a alteração parcial do v. Acórdão, para que sejam reconhecidos os efeitos dos atos praticados.

Alegou, ainda, que, em razão do duplo grau de jurisdição e do princípio devolutivo, os argumentos colacionados na instrução em primeira instância merecem ser novamente sopesados pelo E. Plenário, reiterando, ademais, os argumentos neles expostos.

Na sequência, pleiteou que os atos praticados sejam considerados bons, e, portanto, hígidos, válidos e eficazes, inclusive ante os terceiros de boa-fé, em observância ao

princípio de segurança jurídica, entendendo também que a Pasta foi diligente e zelosa, conforme se depreende dos esclarecimentos e justificativas acostados aos autos.

Traz a lume que situações como as presentes têm sido reconhecidas pelo Tribunais, os quais, sempre que possível, consolidam situações e abonam condutas, desde que presente o interesse público, a boa-fé, a prestação efetiva dos serviços e a ausência de prejuízos ao Erário.

No bojo do TC/003451/2007, a Contratada Convida Alimentação S/A também interpôs Recurso, requerendo a declaração de regularidade do Contrato nº 122/2007, ou, ao menos, a aceitação dos efeitos produzidos (peça 25), contestando a aplicação do princípio da acessoriedade no caso em tela, em razão de vícios do Pregão nº 73/2006 e alegando, ainda, que a servidora citada foi nomeada posteriormente à Comissão de Licitação, não havendo indícios que comprovem que a mesma tenha atuado para a definição dos preços praticados.

Ao final, requereu a reforma do v. Acórdão, nos moldes solicitados.

A Assessoria Jurídica pugnou pela admissibilidade dos Apelos, posto que presentes os pressupostos regimentais permissivos de seu conhecimento, consoante artigos 137, 142 e 147 do Regimento Interno.

No que concerne ao mérito, não vislumbrou a presença de quaisquer elementos que pudessem alterar o julgado, eis que os argumentos colacionados em sede recursal já foram analisados e rechaçados na fase instrutória.

A Subsecretaria de Controle Externo, de igual modo, entendeu que as Recorrentes não trouxeram aos autos fatos novos que pudessem alterar o v. Acórdão e reiterou seu posicionamento anterior, pugnando pelo improvimento dos Apelos.

De sua parte, a Secretaria-Geral também opinou pelo conhecimento dos Recursos, entendendo, ainda, que somente a ausência de prejuízo ao Erário não é suficiente para reforma do v. Acórdão, em razão da comprovada irregularidade dos Contratos, bem assim que o reconhecimento de efeitos não deve ser analisado nesta fase processual, – dirigida à apreciação formal dos Ajustes –, o que somente ocorrerá por ocasião do exame de execução contratual.

É o relatório.

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

VOTO

Em julgamento Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Convida Alimentação S/A, em face de Acórdão prolatado em Sessão Ordinária de 28/08/2019 que, por unanimidade, julgou irregulares os Contratos nº 119/2007 – SMG/DME e seus Termos Aditivos nºs 001 e 002, celebrados entre a Secretaria Municipal de Gestão – SMG e SP Alimentação e Serviços Ltda.; nº 120/2007 – SMG/DME, lavrado com Sistal Alimentação de Coletividade; nº 121/2007 – SMG/DME, lavrado com Geraldo J. Coan & Cia Ltda.; nº122/2007 – SMG/DME, assinado com Convida Alimentação S.A; nº 123/2007 – SMG/DME, celebrado com Terra Azul Alimentação e Serviços Ltda.; nº 124/2007 – SMG/DME, ajustado com Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda., todos tendo por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, visando ao preparo e distribuição de alimentação, mediante o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão e mão de obra, prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos utilizados.

O E. Plenário assim decidiu por se tratar de Contratos derivados de Licitação considerada irregular, cujos vícios são suficientes para motivar o julgamento pela irregularidade dos instrumentos, aplicando-se, à espécie, o princípio da acessoriedade. Além disso, todos os Contratos apresentaram impropriedades que também impediriam os respectivos acolhimentos, conforme detalhado no voto do então Relator e no v. Acórdão recorrido. Ademais, não foi determinada a responsabilização individualizada dos agentes públicos, a valoração do ressarcimento ao Erário ou outras medidas, tendo em vista que a Secretaria, em processo administrativo, impôs sanções disciplinares aos envolvidos e noticiou a existência de ação de improbidade administrativa perante a 7ª Vara da Fazenda Municipal, de ação criminal perante a 10ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda e processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A Procuradoria da Fazenda Municipal alegou, em razões recursais, que o v. Acórdão deve ser reformado integralmente, para que os Ajustes em pauta sejam declarados regulares ou, subsidiariamente, sejam acolhidos os efeitos dos atos praticados, em atenção aos princípios de estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica.

Argumentou, ainda, que por força do duplo grau de jurisdição e do princípio devolutivo, os esclarecimentos e documentos colacionados pela Secretaria e pelos responsáveis, na instrução em primeira instância, merecem ser novamente sopesados pelo E. Plenário, a fim de que os atos praticados sejam considerados bons perante o Direito e, via de consequência, hígidos válidos e eficazes, inclusive em relação a terceiros.

Ademais, ressaltou que a pasta atuou diligente e zelosamente e que os serviços foram corretamente prestados, permitindo a reforma do v. Acórdão.

Requereu, subsidiariamente, fossem acolhidos os efeitos financeiros produzidos.

Da mesma forma, a Convida Alimentação S/A interpôs Recurso, alegando que, *in casu*, não se aplica o princípio da acessoriedade e nem restou comprovado que a servidora municipal participou da definição dos preços, solicitando, então, a declaração de regularidade do Ajuste nº 122/2007, ou, ao menos, a aceitação dos efeitos produzidos.

Todavia, as manifestações insertas nos autos pelos órgãos técnicos desta Casa e pela Secretaria-Geral orientaram-se, todas, no sentido do conhecimento dos Apelos, porém, no que pertine ao mérito, entendem que os Recorrentes não trouxeram aos autos elementos novos, capazes de alterar o v. Acórdão, eis que já haviam sido analisados e repelidos na instrução processual.

No que concerne à aceitação dos efeitos financeiros não é de ser acolhida, vez que, no momento, trata-se de análise formal dos ajustes, cujos efeitos devem ser examinados em sede de execução contratual.

Isto posto, acompanhando os pareceres unânimes dos órgãos deste Tribunal, conheço dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Convida Alimentação S/A, tendo em vista o preenchimento dos pressupostos regimentais de admissibilidade, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo intacto, em sua integralidade, o v. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, considerando que não houve, nestes autos, determinação para a responsabilização individualizada dos agentes públicos e nem para ressarcimento ao Erário, em razão das providências adotadas pela Pasta, consoante exposto no Relatório, entendo restar

afastada qualquer possibilidade de alegação de aplicação do instituto da prescrição, limitando-se, o presente Voto, à análise de matéria inerente ao exercício da atividade declaratória desta Corte de Contas.

Dê-se ciência à Pasta, à Controladoria Geral do Município, aos interessados e encaminhe-se cópia do presente ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

É como voto.

TCM, 22 de novembro de 2023.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

SPF/RB/bn

Processo	-	TC/003451/2007 (Tramita em conjunto com os TC/001247/2008, TC/003448/2007, TC/003449/2007, TC/003450/2007, TC/003452/2007 e TC/003453/2007)
Contratantes	-	Secretaria Municipal de Gestão/Secretaria Municipal de Educação
Contratada	-	Convida Alimentação S.A.
Contrato	-	122/2007-SMG/DME R$ 41.911.794,24
Objeto	-	Prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar, visando ao preparo e à distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas que atendam os padrões e dispositivos legais vigentes, aos alunos regularmente matriculados em unidades educacionais da rede municipal de ensino, mediante o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão e mão de obra, prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos utilizados – Lote 4

3.055ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. CONTRATO. SMG. SME. Serviço de nutrição e alimentação escolar. 1. Conflito de interesses na licitação. Lei Mun. 14.142/2006. 2. A violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade maculam os ajustes a posteriori. Acessoriedade. Art. 49, § 2º, Lei 8.666/93. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 122/2007-SMG/DME, firmado pela Secretaria Municipal de Gestão com a empresa Convida Alimentação S.A., não acolhendo os efeitos financeiros produzidos pela avença.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em deixar de determinar a responsabilização individualizada dos agentes públicos, a valoração de ressarcimento ao erário, ou outras medidas, somente em razão de haver:

a) processo administrativo 2009-0.226.635-3, já finalizado com imposição, pela Administração, de sanções administrativas disciplinares aos servidores envolvidos;
b) ação de improbidade administrativa 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante a 7ª. Vara da Fazenda Pública da Capital;
c) ação criminal 0095123-31.2007.8.26.0050, que tramita perante a 10ª. Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda;
d) processo administrativo 08012.010022/2008-16, que tramita perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, com cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Gestão, à Secretaria Municipal de Educação, à contratada e aos responsáveis que participaram da instrução do feito, com posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

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

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator

/hc

Assinado digitalmente por MAURICIO FARIA PINTO
Data: 15/10/2019 14:42:40 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 16/10/2019 14:32:11 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo: **TC n.º 72.003.451/07-67**
Origem: Secretaria Municipal de Gestão – SMG
Interessado: Convida Alimentação S/A
Objeto: Análise formal. Contrato n.º 122/2007, cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar visando ao preparo e distribuição de alimentos em unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino – Lote 4.

CONTRATO. ANÁLISE FORMAL. ACESSORIEDADE. REPERCUSSÃO DE FALHAS DA LICITAÇÃO NO CONTRATO. IRREGULAR. Aplicação não automática do princípio da acessoriedade que se justifica no caso em tela pela repercussão das falhas do pregão na contratação. **NÃO ACOLHIMENTO DOS EFEITOS FINANCEIROS.**

Egrégio Plenário,

Trago a julgamento o processo TC n.º 72.003.451/07-67, no qual foi realizada a análise formal do Contrato n.º 122/2007, cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar visando ao preparo e distribuição de alimentos em unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino – Lote 4, no valor de R$ 41.911.794,24.

Inicialmente, a Auditoria manifestou-se apontando que a contratação deveria ser considerara irregular por apresentar as seguintes infringências:

a) derivar do Pregão 73/2006, analisado no âmbito do TC 72.001.587/07-88, no qual foram constatadas irregularidades referentes à ausência de convocação dos interessados para sessão de abertura do pregão, à abertura dos envelopes de habilitação sem que houvesse sido determinada a oferta vencedora, ainda, por negociação de preços em hipóteses não previstas em lei;
b) não contabilização da despesa relativa à mão de obra, de natureza substitutiva, como "outras despesas de pessoal", para efeito do cálculo do limite das despesas de pessoal, previsto pela Lei de Responsabilidade Fiscal;
c) ter sido celebrada a contratação com a participação, na comissão de licitação, da servidora Joana D'Arc Pereira Mura, que ostentava impedimento por vínculo com licitante.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou no sentido de que as falhas do Pregão 73/2006 repercutem na contratação ora analisada, por ferirem os princípios da publicidade e da competitividade, e, também, pela inadequação dos procedimentos empregados, que não se coadunam com a modalidade pregão. No tocante à classificação das despesas de mão de obra para fins de limite de despesas com pessoal, considerou que o caso ora analisado não se subsume às hipóteses de substituição de servidores previstas no art. 18, §1.º da Lei

Complementar n.º 101/2000. Acompanhou o entendimento da Coordenadoria II em relação ao impedimento da servidora que compunha a Comissão de Licitações.

Em respeito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, o Ordenador da Despesa à época dos fatos e a Empresa Contratada.

A Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização comunicou que, por meio do Decreto n.º 50.362, de 30 de dezembro de 2008, o Departamento de Merenda Escolar havia sido transferido para a Secretaria Municipal de Educação. Assim, afirma a competência do Departamento de Merenda Escolar para apresentar quaisquer esclarecimentos junto a este Tribunal de Contas do Município, visto que embora a licitação tenha sido conduzida pelo Departamento de Gestão de Bens e Serviços da Secretaria de Gestão, todos os parâmetros relativos à licitação e à contratação foram estabelecidos pelo Departamento de Merenda Escolar.

A empresa Convida Alimentação S/A apresentou defesa aduzindo, resumidamente, os seguintes argumentos:

a) a publicação no Diário Oficial do Município foi suficiente para que um número considerável de empresas comparecesse à abertura do pregão, afastando qualquer restrição à competitividade;
b) a abertura dos envelopes de habilitação somente foi efetuada após as licitantes haverem ofertado suas melhores propostas para cada lote, não havendo qualquer irregularidade procedimental;
c) a negociação dos valores das propostas foi efetuada durante a realização da sessão, sem qualquer infringência à lei;
d) não se trata de mão de obra de substituição de servidores públicos, pois as atividades de preparo e distribuição de merenda escolar já eram realizadas por empresas há anos;
e) a servidora Joana D'Arc Pereira Mura não teve função decisória capaz de macular o resultado atingido no certame, nem facilitou a participação de alguma empresa na licitação.

Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, que ocupava, à época, o cargo de Coordenador da Coordenadoria de Gestão de Bens e Serviços da Secretaria Municipal de Gestão, afirmou em síntese que:

a) a publicação em jornal de grande circulação trouxe ampla divulgação, sendo a redesignação da data de abertura suficientemente publicizada por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade;
b) a suspensão da sessão para análise da aceitabilidade das propostas e negociação de melhor valor junto à vencedora foi realizada com amparo na Lei Federal n.º 10.520/02, que rege a modalidade pregão;
c) a contratação baseia-se na aquisição de serviço e não no conceito de substituição de mão de obra, nos termos de parecer da lavra da Procuradoria Chefe da Assessoria da Secretaria Municipal de Gestão, não cabendo, portanto, o computo das despesas nos limites de gastos com pessoal;

d) a servidora que ostentaria impedimentos não consta da composição da comissão de licitação, nem da equipe de apoio, tendo atuado como representante do Departamento de Merenda Escolar (DME), sem sequer subscrever a ata registrada no sistema ComprasNet;
e) o desconhecimento de que a servidora apontada poderia ostentar qualquer vínculo de consultoria junto à Associação Brasileira de Empresas de Refeições Coletivas – ABERC.

Em complementação às informações prestadas, a Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização trouxe nova manifestação aos autos em que informa que a servidora Joana D'Arc Pereira Mura responde a Inquérito Administrativo, mas que este é relativo a outros fatos não relacionados à questão de seu possível impedimento para participar do pregão ora analisado. Assevera, ainda, que a servidora não participou de qualquer comissão de licitação. Por derradeiro aponta que não se poderia contabilizar as despesas de mão de obra oriunda da contratação analisada como despesas de pessoal para fins de enquadramento no limite de gastos previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Retornando os autos para análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Coordenadoria II, entendeu que os documentos trazidos aos autos pelas defesas não apresentaram elementos que pudessem modificar a conclusão inicialmente alcançada. A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou no mesmo sentido.

A Procuradoria da Fazenda Municipal considerou que devem ser acolhidas as justificativas da Origem no tocante à não caracterização do contrato como terceirização de mão de obra. Quanto à participação da servidora, alegou não haver qualquer ato procedimental ou decisório por ela praticado. Pugna, por consequência, pela relevação das impropriedades constatadas e pelo acolhimento do instrumento contratual. Subsidiariamente, requer a aceitação dos efeitos financeiros decorrentes da avença.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou no sentido de que não há apontamentos específicos em relação à formalização do instrumento contratual ora analisado, entendendo que seu acolhimento se encontrava vinculado diretamente ao julgamento da licitação que o precedeu, constante do TC 72.001.587/07-88, pela aplicação do princípio da acessoriedade.

Registra-se, por derradeiro, que o Ministério Público do Estado de São Paulo solicitou cópias dos pareceres técnicos e das respectivas atas de julgamento dos contratos de terceirização da merenda escolar no Município de São Paulo, a fim de instruir o Inquérito Civil n.º 34/2008.

É o relatório.

V O T O

Da instrução realizada nestes autos restou assentado que os vícios apontados em relação ao Contrato n.º 122/2007 originam-se da licitação que o precedeu, qual seja, o Pregão Presencial n.º 73/2006, analisado por esta Corte no âmbito do TC 72.001.587/07-88.

Assim, a primeira questão que deve ser enfrentada neste julgamento é se a existência de falhas na licitação repercute nos contratos administrativos, como regra, e, portanto, tem possibilidade de atingir o instrumento ora analisado.

Prevê o art. 49, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/930, que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato. Todavia, muito embora a Lei Geral de Licitações traga tal previsão, conhecida como regra da acessoriedade, em que a nulidade do procedimento licitatório macula irremediavelmente o contrato, em diversos julgamentos já manifestei meu entendimento alinhado à corrente de pensamento esposada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que vislumbra que a acessoriedade não deve se dar de forma automática.

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"*.[1]

Assim, há que se perquirir se os vícios que inquinaram de irregularidade a licitação que precedeu o Contrato n.º 122/2007, atingiram decisivamente o certame, ou seja, se a observância da norma aplicável não levaria a resultado diverso do alcançado no procedimento .

Nesse sentido, embora o edital do Pregão Presencial n.º 73/2006 tenha sido acolhido, conforme acórdão proferido no TC n.º 72.000.967/07-13, o procedimento licitatório correspondente foi julgado irregular no âmbito do TC 72.001.587/07-88.

Conforme consta do julgado, o certame que deu origem ao contrato ora analisado foi reputado irregular *"por infringência aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, competitividade e eficiência",* sendo importante destacar que a legalidade foi vulnerada pela inobservância do procedimento previsto na Lei Federal n.º 10.520/02 e regulamentado pelo Decreto Municipal n.º 46.662/05.

Além disso, o voto condutor aponta que a publicação do aviso de redesignação da sessão de abertura das propostas não poderia ter sido realizada somente no Diário Oficial da Cidade, cabendo sua publicação também em jornal de grande circulação, em observância não somente ao princípio da publicidade, como também da competitividade do certame.

Pois bem, nessa linha de entendimento, em que a regra da acessoriedade deve ser cotejada no caso concreto, é lícito inferir que os vícios constatados no Pregão Presencial n.º 73/2006 repercutem na fase externa da licitação, já que potencialmente foram afastados concorrentes da licitação.

Embora os fundamentos expostos sejam suficientes para motivar o julgamento pela irregularidade do contrato, necessário se faz enfrentar uma derradeira questão que, embora referente ao certame, somente foi suscitada nestes autos. Trata-se da participação da servidora Joana D'Arc Pereira Mura no Pregão Presencial n.º 73/2006, ostentando a condição, simultaneamente, de consultora da Associação Brasileira de Refeições Coletivas.

Em relação à constatação fática, os elementos de instrução trazidos aos autos demonstram que a servidora não era propriamente a Pregoeira designada para o certame, nem

[1] 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.

compunha a Equipe de Apoio, mas, ainda assim, esteve presente em vários atos praticados no âmbito do Pregão Presencial n.º 73/2006. Nos documentos de fls. 13/17 e 35/38, consta a participação da servidora como representante do Departamento de Merenda Escolar – DME, subscrevendo atos praticados em sessão, conforme registram suas assinaturas nas atas. Ou seja, não há como se afastar a evidência de que a servidora referida estava presente durante a condução do pregão presencial, em posição que poderia exercer influência na licitação.

E, nesse sentido, um potencial conflito de interesses é caracterizado por uma situação de confronto entre interesses públicos e privados, de maneira absolutamente imprópria ao desempenho da função pública. Aliás, para haver um conflito de interesses, basta a possibilidade de influenciar na decisão que virá a ser tomada, sem necessidade de uma designação formal para tanto.

Vale lembrar que a Lei Municipal n.º 14.141/06, que disciplina o processo administrativo no âmbito do Município de São Paulo, prevê que está impedido de atuar no processo administrativo o servidor que tenha interesse pessoal, direto ou indireto, na matéria.

A previsão legal decorre do princípio constitucional da impessoalidade, pelo qual a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou a beneficiar pessoas determinadas. A mera existência de relação entre a servidora e a entidade citada encerra um potencial conflito de interesses, independente de sua formal integração à comissão de licitação ou à equipe de apoio.

A questão ora debatida também colide com o princípio da moralidade administrativa, cuja essência determina que a atuação da Administração, por seus agentes, deve se pautar por padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

A circunstância fática de um conflito de interesses constitui, por si só, independentemente de qualquer comprovação de favorecimento a quem quer que seja, uma violação dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, de forma a macular, irremediavelmente, o contrato ora analisado.

Estabelecido o comprometimento da integridade do pregão e suas repercussões no contrato, há que se perquirir sobre os efeitos produzidos pela avença. Conforme entendimento firmado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo no TC 72.001.634/16-57, que, como regra, tem sido acolhido por este Plenário, *a priori*, em uma análise formal, não seria possível falar no reconhecimento dos efeitos financeiros propriamente ditos de um determinado ajuste, cuja apreciação ficaria reservada para o acompanhamento de execução contratual.

No caso em tela, não foi determinado, à época da vigência do instrumento, o acompanhamento da execução contratual. Tampouco seria adequado, determinar uma análise que se mostraria, por conta do tempo decorrido, meramente contábil-financeira.

Não obstante, o próprio Órgão Técnico-Jurídico desta Casa, por meio de manifestação da Assessora-Chefe no TC 72.000.243/01-48, admitiu que, excepcionalmente, mesmo em uma análise formal, é possível fazer um juízo acerca dos efeitos financeiros produzidos, diante de indícios de prejuízo ao Erário.

E o indício de prejuízo ao erário caracteriza-se justamente quando há participação indevida de agente que atua na formatação dos parâmetros que servem de base para definição de preços contratuais e respectivos pagamentos.

Tal circunstância não pode ser um indiferente ao conteúdo material que surge do confronto de princípios que representam verdadeiros eixos na formatação da atividade administrativa. Um conteúdo de tal expressão demandará que a prova de inexistência de prejuízo surja justamente daquele que se beneficiou, direta ou indiretamente, do fato de existir um agente com interesses cruzados e que, assim atuando, criou referências aos valores que foram praticados.

Diante do exposto, **JULGO IRREGULAR** o Contrato n.º 122/2007, firmado pela Secretaria Municipal de Gestão com a empresa Convida Alimentação S/A e **NÃO ACOLHO OS EFEITOS FINANCEIROS PRODUZIDOS** pela avença.

DEIXO DE DETERMINAR a responsabilização individualizada dos agentes públicos, valoração de ressarcimento ao Erário, ou outras medidas, somente em razão de haver[2]: a) processo administrativo 2009-0.226.635-3, já finalizado com imposição, pela Administração, de sanções administrativas disciplinares aos servidores envolvidos; b) ação de improbidade administrativa 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante a 7ª. Vara da Fazenda Pública da Capital; c) ação criminal 0095123-31.2007.8.26.0050, que tramita perante a 10ª. Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda; d) processo administrativo 08012.010022/2008-16, que tramita perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

DETERMINO a expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, com cópia do presente voto e do acórdão resultante deste julgamento.

INTIMEM-SE a Origem, a Contratada e os Responsáveis que participaram da instrução do feito. Após, arquivem-se os autos.

Plenário Cons. **PAULO PLANET BUARQUE, 28 de agosto de 2019.**

MAURICIO FARIA
Conselheiro

[2] Informação extraída do TC 72.001.587/07-88

Assinado digitalmente por MAURICIO FARIA PINTO
Data: 29/08/2019 13:49:19 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo