**JURISPRUDÊNCIA**

**TC nº72-003.484.07-16**

**ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. AHM. Fornecimento de refeições. NE's insuficientes. Impropriedade relevada. Cláusula de subcontratação no edital e de prorrogação de prazo no contrato, relevadas. Art. 61, Lei 4.320/62. Dec. Mun. 23.639/87. Art. 57, § 4º, Lei 8.666/93. Pregão CONHECIDO. Contrato e TA ACOLHIDOS excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.**

**2.569ª Sessão Ordinária**

**Transitado em julgado em**: 16.11.2011.

**Referência Especial**: 72.001.107.08-41, 72.002.423.06-05, 72.000.045.01-02, 72.004.440.01-04.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

**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, excepcionalmente, o Contrato 020/2006-AHMRN e o respectivo Termo de Aditamento 002/2008, bem como em conhecer do procedimento licitatório Pregão 062/2006.

**ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar à Autarquia Hospitalar Municipal – AHM que nos editais vindouros, em sendo admitida a subcontratação, seus limites sejam predeterminados.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Substituta MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de julho de 2011.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator.

## RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 020/2006 celebrado entre a então Autarquia Hospitalar Municipal Regional Norte e a empresa STARBENE REFEIÇÕES INDUSTRIAIS LTDA. – que se sagrou vencedora no Pregão nº 062/2006 -, tendo por objeto o fornecimento de refeições para pacientes e funcionários dos hospitais e pronto-socorros pertencentes à referida autarquia.

Em julgamento, ainda, o Termo Aditivo lavrado sob nº 002/2008, que teve por escopo a prorrogação do prazo inicialmente ajustado pelo período de 12 (doze) meses.

A Coordenadoria IV procedeu à sua análise e concluiu pela regularidade formal do Pregão, bem como do Termo Aditivo nº 002/2008, com ressalvas sobre a subcontratação, que não poderia ser total como constou da minuta do contrato e do próprio ajuste, bem assim, sobre a possibilidade de prorrogação de prazo além dos 60 (sessenta) meses.

No entanto, relativamente ao Contrato, entendeu irregular, em razão da emissão da Nota de Empenho insuficiente para cobrir a despesa do exercício, infringindo o artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e o Decreto Municipal nº 23.639/86 e, pelo atraso na remessa das informações referentes ao ajuste pelo SERI.

Em relação ao instrumento editalício, a área auditora, instada a se manifestar precisamente acerca de suas observações atinentes à subcontratação, por ocasião da análise da licitação às fls. 406, reproduziu parte do pronunciamento do ilustre Procurador Geral, exarado nos autos do TC nº 007.045/2001-2, do Tribunal de Contas da União, quando afirma a necessidade do cumprimento de determinadas premissas, ao se optar pela transmissão de direitos e obrigações a outrem, seja por subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão ou incorporação, quais sejam (fls. 418vº):

- não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais;

- somente pode lançar mão de tais mecanismos se previamente autorizados pela Administração, para o quantitativo e para as partes do objeto contratado que essa especifique;

- a previsão de transmissão de direitos e obrigações, para que possa ser levada a efeito, precisa estar mencionada tanto no edital quanto no contrato.

Regularmente intimados o Sr. Anderson Luongo, na qualidade de Presidente da 3ª Comissão Permanente de Licitação à época dos fatos consubstanciados nos autos e, o Sr. Gustavo Guilherme Kuhlmann, respondendo, também à época, pela Superintendência daquela Autarquia, ofereceram defesa – sendo que este último aderiu a todos os seus termos - alegando, em apertada síntese, o que se segue:

- a inclusão da referida cláusula – subcontratação -visou afastar qualquer subcontratação que não passasse pela criteriosa avaliação daquele órgão, de modo a elidir qualquer outra situação que não atendesse aos seus interesses;

- sobre a prorrogação, salientou que a norma contratual retrata a regra insculpida no § 4º, do artigo 57, da Lei Federal;

- consignou que a contratação "*em razão de denúncia tempestiva formulada pela contratada, alcançou seu termo em 31/12/2008*, (...)";

- sobre a emissão da Nota de Empenho insuficiente para cobrir as despesas do exercício, trouxe à colação esclarecimentos fornecidos pela Gerência de Orçamento e Finanças, da Coordenadoria Hospitalar Regional Norte.

O teor da documentação referida foi examinado pela área auditora, permitindo-lhe ratificar a conclusão de regularidade da licitação e do instrumento aditivo, ressalvando o aspecto referente à subcontratação e da obrigação da contratada prestar os serviços por período de mais três meses além do prazo máximo permitido pela lei, qual seja, sessenta meses.

No que se refere ao contrato, concluiu a especializada, ante os documentos acrescidos nessa oportunidade, que a dependência da Autarquia em relação à Administração Direta foi suficientemente demonstrada, justificando, portanto, o fato de ter ocorrido a emissão de Nota de Empenho insuficiente para a cobertura da despesa do exercício.

Em sua oitiva, o Sr. Assessor da Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela regularidade do Pregão, do contrato e do termo de aditamento.

A Sra. Subchefe, não obstante no seu entendimento os apontamentos constantes dos autos conduzissem à irregularidade do certame e dos ajustes dele decorrentes, sugeriu o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, notadamente diante da informação de que a contratação findou-se em 31.12.2008 e do fato de que as cláusulas impugnadas não foram efetivamente aplicadas durante a execução contratual.

A douta Procuradoria da Fazenda Municipal, fundamentando-se nas razões lançadas aos autos pela AJCE, propugnou pelo acolhimento do Pregão, do Termo de Contrato e do Aditivo, relevando-se as falhas,

ou ainda, pela preservação dos efeitos financeiros do ajuste, considerando a ausência de dolo, culpa ou má-fé, bem como qualquer prejuízo ao erário.

A Secretaria Geral, sobre a questão da subcontratação, entendeu que a redação do item 5 da Cláusula Terceira do edital está eivado de irregularidade, pois, ao admitir a subcontratação total ou parcial, desde que houvesse a autorização prévia da Contratante, afronta o princípio da legalidade e o artigo 72 da Lei Federal nº 8.666/93.

Ponderou, entretanto, que não constando dos autos documentos que comprovem a ocorrência efetiva de subcontratação, a irregularidade poderia ser excepcionalmente relevada.

No que diz respeito ao item 2 da Cláusula Terceira do contrato - possibilidade de prestação dos serviços por mais três meses após o encerramento do prazo máximo de 60 (sessenta) meses -, entendeu que não houve irregularidade praticada no caso concreto, considerando o fato de que seu conteúdo sequer foi utilizado pelas partes, na medida em que, o contrato, firmado em 26 de dezembro de 2006, tendo iniciado sua execução em 01 de janeiro de 2007, foi encerrado em 31 de dezembro de 2008.

No tangente à insuficiência da Nota de Empenho, acolhendo as justificativas trazidas à colação pela defesa, concluiu que tal situação decorreu do congelamento dos recursos orçamentários, então, os empenhamentos em valores inferiores eram a única solução cabível, razão por que, considerou regular o Contrato sob exame.

Sobre o atraso das informações pelo SERI, entendeu passível de relevação, posto que meramente formal, não tendo o condão de macular a contratação.

Opinou, assim, pela regularidade do Edital de Pregão nº 062/2006, relevando-se, excepcionalmente a irregularidade relativa à subcontratação, bem assim, pela regularidade do Contrato nº 020/2006 e do respectivo Termo de Aditamento nº 002/2008.

É o relatório.

## VOTO

O resultado da análise produzida pela Coordenadoria IV revelou, inicialmente, infringência às disposições insertas no artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/62 e ao Decreto Municipal nº 23.639/87 na formalização do instrumento contratual, em razão da emissão de Nota de Empenho insuficiente para a cobertura das despesas do exercício.

Não obstante, a própria Especializada, de posse da documentação encaminhada pela Origem por ocasião do oferecimento das defesas, entendeu justificada a impropriedade, destacando as informações fornecidas pela Gerência de Orçamento e Finanças, listadas às fls. 498 vº.

Na realidade, a diretriz traçada pelo artigo 61 da Lei nº 4.320/64 impõe a emissão de nota de empenho em valor suficiente para atender as despesas correspondentes ao exercício, comando que se traduz, em última análise, na emissão de documento que estabeleça uma obrigação de pagamento.

Contudo, as justificativas carreadas aos autos pela Origem, tornam o contrato original passível de acolhimento, ao esclarecer que, embora a despesa com a empresa fornecedora de refeições estivesse prevista no orçamento, por insuficiência de recursos orçamentários foram realizados empenhamentos na medida dos cortes havidos, de modo a contemplar todos os ajustes, demandando, ademais, pedido de autorização para descongelamento de recursos orçamentários e de suplementação orçamentária.

No tocante às ressalvas assinaladas nos autos, a discussão travada cinge-se, essencialmente, a dois aspectos, quais sejam: a possibilidade de subcontratação, desde que, com a prévia anuência da Contratante, sem especificar seus limites e a obrigatoriedade de prestação dos serviços por período de 3 (três) meses, além do prazo contratual máximo de 60 (sessenta) meses.

Sobre o primeiro aspecto, o item 5 da Cláusula Terceira – Das Obrigações da Contratada -, assim dispõe:

> "*5. A CONTRATADA não poderá subcontratar, ceder ou transferir total ou parcialmente o objeto do presente contrato a outrem ou a este associar-se, sem prévia aprovação da CONTRATANTE, sob pena de considerar-se o contrato rescindido pela Lei Federal nº 8.666/93 e subsidiariamente a Lei Municipal nº 13.278/02*."

É cediço que a regra é não subcontratar, dado o caráter "*intuitu personae*", essência dos contratos públicos.

Há que se considerar, contudo, a hipótese da Administração não receber a prestação contratada tal como tencionado.

Então, admitir-se a possibilidade de subcontratação afiguraria-se, no caso, como uma prevenção e forma de resguardar a satisfação do interesse público, conduta, aliás, que encontra alicerce na lei, ao autorizar a utilização deste instituto, desde que seja em parte e observados os limites preestabelecidos.

Foi essa a tônica das defesas oferecida e é sob esse prisma que se deve ser examinado o referido dispositivo editalício, ou seja, como

uma medida acautelatória, para minimizar eventuais riscos impeditivos da consecução do objeto contratual por parte da contratada, pois a contrário senso, sua não previsão expressa, tornaria tal hipótese absolutamente proibida.

Não obstante, a falha cometida no caso em tela está em não determinar os limites em que ocorreria uma eventual subcontratação, como restou assinalado nas manifestações dos órgãos técnicos.

No tangente à possibilidade de prorrogação do prazo contratual, o item 2 da Cláusula Quinta – Do Prazo, assim dispôs:

> "*2. Atingido o prazo máximo de 60 (sessenta) meses da vigência do contrato ou na hipótese de denúncia tempestiva ou intempestiva do ajuste pela CONTRATADA, ficará esta obrigada a prestar serviços por mais 3 (três) meses, enquanto se realiza nova licitação, a fim de que não haja solução de continuidade dos serviços.*"

Essa matéria é regulada pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que contempla, por meio do preconizado em seu § 4º, a hipótese de extensão por até 12 (doze) meses, na ocorrência de evento revestido de excepcionalidade, devidamente justificado e, no meu modo de ver, é esse o enfoque conferido pela cláusula ora reproduzida, no intuito de afastar a rejeição desta possibilidade por parte da contratada.

Demais disso, tal como ponderado pela AJCE e SG, o teor dessas indigitadas cláusulas sequer foram invocados na vigência do ajuste, ou seja, não houve nenhum tipo de repercussão gravosa decorrente de eventual interpretação equivocada desses dispositivos, ou mesmo alguma situação que demandasse sua utilização, até porque, alcançou seu termo após o término da primeira prorrogação que se operou, ou seja, dois anos do início de sua vigência.

Ante o panorama ora retratado, entendo que essas regras editalícias e contratuais não se revelaram suficientes para inquinar a avença de irregularidade, porquanto a compreensão que se denota da conduta eleita pela Origem, em última análise, é derivada do princípio da segurança.

Admite, no entanto, recomendação para que sejam melhor adequadas aos contornos da legislação atrás referida em situações futuras.

Assim, com fundamento nas conclusões expressadas pela Coordenadoria IV, Assessoria Jurídica de Controle Externo, Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral, acolho excepcionalmente o Contrato nº 020/2006 e o respectivo Termo de Aditamento de nº 002/2008 e, conheço do Pregão deflagrado sob nº 062/2006.

Determino, contudo, que nos editais vindouros, em sendo admitida a subcontratação, que seus limites sejam predeterminados.

**Equipe de Trabalho:**
**Saarah Miranda / Sandra Nogueira / Ângela Manso / Wanderson Nunes /**
**Maria José Gregório / Geraldo Assumpção**