TC 4.556/2003

2º Julgado – 3.056ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que não acolheu a execução do contrato por acessoriedade. Aquisição de agasalho esportivo. SME. Recurso de Diana Paolucci NÃO CONHECIDO por intempestivo. Demais recursos CONHECIDOS. PROVIDOS para julgar regular a execução. Votação unânime.
Relatório e voto englobados TCs 3.924/2003, 3.925/2003 e 4.556/2003

1º Julgado - 2.626ª Sessão Ordinária
ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SME. Aquisição de agasalho esportivo tipo tactel. Princípio da Acessoriedade. NÃO ACOLHIDO. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.
Relatório e Voto englobado TCs: 72.003.924.03-93 e 72.003.295.03-56

2ºJulgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/003.924/2003, TC/003.925/2003 e TC/004.556/2003, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, nos termos de seu relatório e voto, EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Maria Aparecida Perez, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em dar-lhes provimento para julgar regular a execução do Contrato 11/2003-SME/CONAE.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em não conhecer do apelo interposto pela empresa Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, por intempestivo.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de setembro de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

O TC 3.924/03-93 trata da análise licitatória na modalidade Pregão 14/SME/2002, do contrato 10/2003 e do Termo Aditivo 37/2003, para a aquisição de agasalhos esportivos de tecido plano tipo Tactel, nas cores azul marinho com branco e vermelho com branco, para a distribuição gratuita aos alunos da rede municipal de educação.

Nesta fase, cuida-se dos recursos opostos, em face do v. Acordão, de fls. 1328/1329, em que à unanimidade, foi julgado irregular o procedimento licitatório Pregão 14/SME/2002 e, por maioria de votos, não foram acolhidos o Contrato 10/2003-SME/CONAE e o Termo Aditivo 37/2003-SME/CONAE.

Interpuseram Recursos a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, fls. 1336/1354; Maria Aparecida Perez, fls. 1346/1354; e, a empresa Alpargatas S/A, fls. 1356/1396, requerendo a reforma do v. Acordão guerreado.

A Secretaria Municipal de Educação – SME, apesar de ter sido regularmente oficiada, à fl.1330, deixou transcorrer *in albis* o prazo assegurado para eventual interposição de recurso.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, não se conformando com o v. Acórdão, argumenta que o voto prolatado pelo Nobre Conselheiro Maurício Faria melhor apreciou as questões analisadas, razão pela qual deveria ter prevalecido. Alega que as impropriedades apontadas não tem o condão de comprometer a higidez dos instrumentos em exame e que grande parte dos apontamentos tecidos pelos auditores podem ser convalidados. Enfatiza a necessidade de se reconhecer os efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, na medida em que os produtos foram entregues e pagos, inexistindo pendência entre as partes. Afirma que o ajuste já se exauriu, chegando a seu termo, e não há notícia de que o contrato em tela não foi executado a contento. Pondera, ainda, que o princípio

da acessoriedade extraído do direito civil, não pode ser aplicado, sem qualquer ressalva nos contratos de direito público, que tem um regime jurídico próprio. Conclui que o contrato e seus aditamentos devem ser preservados, em homenagem a segurança jurídica dos atos administrativos e a primazia do interesse público. Pretende e requer que o presente recurso seja conhecido e provido, assim, reformando o v. Acórdão guerreado, declarando-os regulares, ou que ao menos sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ante a inexistência de prejuízo ao erário.

A Sra. Maria Aparecida Perez considera que as irregularidades devam ser entendidas como meros vícios formais. Salienta que não foi demonstrado nos autos prejuízo ao erário oriundo de qualquer conduta praticada pela recorrente, bem como sua boa fé ao longo da execução contratual, razão pela qual não há de se considerar irregular o contrato e o termo aditivo em exame. Destaca sua boa-fé e a inexistência de demonstração nos autos de qualquer prejuízo ao erário, que foi atendido o interesse público, frisa a insignificância e a inexistência de dolo, concluindo que as irregularidades apontadas poderão ser relevadas por não macularem o ato administrativo. Dessa forma, afirma que ao menos devem ser reconhecidos os efeitos financeiros, haja vista que o contrato para a aquisição dos uniformes foi executado conforme o pactuado e a contento, cujos valores dispendidos estavam em consonância com o mercado. Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja reformado o V. Acórdão, reconhecendo a regularidade do Contrato 10/2003 e TA 37/2003 e Contrato 11/2003 e TA 38/2003, visto que não houve qualquer vício, irregularidade ou má-fé nas ações descritas, porquanto só se buscou o interesse público e social, e caso não seja este o entendimento desta E. Corte de Contas, que ao menos sejam reconhecidos os efeitos financeiros dos ajustes.

A empresa Alpargatas S/A inicialmente chamou a atenção para o fato de nenhuma das impropriedades apontadas pelo tribunal de contas que fundamentaram o julgamento pela irregularidade do Pregão 14/SME/2002, decorreram de atos da hora recorrente. Ressalta que conforme demonstrado pela Municipalidade, o Contrato e o seu Termo de Aditamento foram plenamente executados, sendo que os pagamentos devidos foram todos realizados. Frisa que não restou comprovado em momento algum a existência de prejuízo para a Administração com a contratação realizada, o que o leva a considerar a aplicação do conceito de "*pas de nulité sans grief*", que se traduz na ideia de que não se anula ato ou contrato, quando não houve prejuízo. Por fim, requer a reforma do v. Acórdão recorrido, principalmente no tocante ao não reconhecimento dos efeitos financeiros da contratação, posto que sua manutenção poderia configurar locupletamento ilícito da Administração.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 1437/1444, entendeu preliminarmente que os recursos podem ser conhecidos. No mérito, entendeu que não foram trazidos aos Autos elementos suficientes para propiciar o provimento dos Recursos.

A Secretaria Geral, às fls. 1453/1460, defende que sejam conhecidos os recursos. No mérito, em síntese, afirma que os recursos se assemelham e dão destaque ao fato de não ter sido, em momento algum, evidenciado dolo ou má fé, bem como a inexistência notícia de prejuízo ao Erário, sendo as irregularidades vícios meramente formais.

O TC 3.925/03-56 cuida da análise do Contrato 11/2003/SME/CONAE, para a aquisição de 259.470 agasalhos esportivos de tecido plano tipo Tactel, para a distribuição gratuita aos alunos da rede municipal de educação, no valor de R$ 10.871.793,00 no prazo de 27/05/2003 a 24/08/2003.

Nesta fase, cuida-se dos recursos ordinários interpostos em face do V. Acórdão de fls.141/142, que decidiu, por maioria, em não acolher o Contrato 11/2003-SME-CONAE e o Termo Aditivo 38/2003-SME-CONAE, por entenderem que não pode uma licitação irregular ensejar regularidade nos atos subsequentes, tendo em vista o princípio da acessoriedade.

Recorreram a Procuradoria da Fazenda Municipal, fls.147/154; a Sra. Maria Aparecida Perez, fls.156/165; e, Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, fls.175/177.

A Secretaria Municipal de Educação – SME, regularmente oficiada à fl.143, deixou transcorrer *in albis* o prazo assegurado para eventual interposição de recurso.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, não se conformando com o v. Acórdão argumenta que o voto prolatado pelo Nobre Conselheiro Maurício Faria melhor apreciou as questões analisadas, razão pela qual deveria ter prevalecido. Alega que as impropriedades apontadas não tem o condão de comprometer a higidez dos instrumentos em exame e que grande parte dos apontamentos tecidos pelos auditores podem ser convalidados. Enfatiza a necessidade de se reconhecer os efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, na medida em que os produtos foram entregues e pagos, inexistindo pendência entre as partes. Afirma que o ajuste já se exauriu, chegando a seu termo, e não há notícia de que o contrato em tela não foi executado a contento. Pondera, ainda, que o princípio da acessoriedade extraído do direito civil, não pode ser aplicado, sem qualquer ressalva nos contratos de direito público, que tem um regime jurídico próprio. Conclui que o contrato e seus aditamentos devem ser preservados, em homenagem a segurança jurídica dos atos administrativos e a primazia do interesse público. Requer que o presente recurso seja conhecido e provido, assim, reformando o v. Acórdão guerreado, de modo que, ao cabo, restem acolhidos os instrumentos examinados nestes autos ou, ao menos, que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos ajustes em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ante a inexistência de prejuízo ao erário.

A Sra. Maria Aparecida Perez alega que os atos praticados ao longo da execução contratual alcançaram o escopo pretendido, razão pela qual as eventuais irregularidades consideradas como meros vícios formais

incapazes de macular os atos. Destaca sua boa-fé e a inexistência de demonstração nos autos de qualquer prejuízo ao erário, que foi atendido o interesse público, frisa a insignificância e a inexistência de dolo, concluindo que as irregularidades apontadas poderão ser relevadas por não macularem o ato administrativo. Afirma que as supostas irregularidades devem ser tratadas como mera irregularidade formal. Aduz, ainda, o princípio da insignificância, segundo o qual é admissível infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, conformam ações irrelevantes. Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja reformado o V. Acórdão, reconhecendo a regularidade do Contrato 10/2003 e TA 37/2003 e Contrato 11/2003 e TA 38/2003, visto que não houve qualquer vício, irregularidade ou má-fé nas ações descritas, porquanto só se buscou o interesse público e social, e caso não seja este o entendimento desta E. Corte de Contas, que ao menos sejam reconhecidos os efeitos financeiros dos ajustes.

A Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio alega que já se manifestou nos autos do processo 4.556.03-37 sobre a validade do Contrato 11/2003, e o qual está atrelado ao presente processo, inclusive com os mesmos fundamentos. Pediu que a intimação para apresentação de defesa fosse considerada inválida, por tratar de contrato decorrente de pregão realizado há mais de 10 anos e, assim, qualquer sanção estaria fulminada pela decadência. No mérito, lembrou não haver qualquer ressalva quanto ao cumprimento do contrato. Defende a reforma do v. acórdão, para tanto, aduz os princípios da boa-fé e da presunção de legitimidade dos atos da administração pública estão evidenciados e sua presença é incompatível com a desconsideração dos efeitos patrimoniais do contrato. Acrescenta que não há dano comprovado, o que induz a aplicação do princípio "*pas des nullité sans grief*". Aduz, ainda, que o princípio do devido processo legal não foi observado sob o ponto de vista formal pelo fato da Recorrente não ter sido efetivamente intimada para se defender, e que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade também não foram respeitados. Nesses termos, conclui que o Aditamento *sub examine* e o Contrato 11/2003 devem ser considerados válidos, ou ao menos devem ser reconhecidos os efeitos patrimoniais da contratação pelos mesmos fundamentos, e, por fim, reitera os termos do Recurso Ordinário já apresentado nos autos do TC 3.925/03-56.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 181/193, preliminarmente, defende o conhecimento dos recursos opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Sra. Maria Aparecida Perez. No entanto, quanto a recorrente empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, opina pelo não conhecimento do recurso, por ter sido interposto intempestivamente, pois a juntada aos autos da última intimação ocorreu em 21/11/2012 (fl.145), e o recurso foi protocolado em 28/01/2013 (fl.177). No mérito, opinou pelo não provimento aos recursos, mantendo-se o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fls. 210, requereu provimento dos recursos e destacou o voto divergente dos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Yara Taconi, que respectivamente e nesta ordem entenderam, o

primeiro, por regulares o ajuste, aditivos e execução; enquanto, a segunda, aceitou os efeitos financeiros dos referidos.

A Secretaria Geral, às fls. 212/219, manifesta-se em sede de preliminar pelo conhecimento dos recursos acompanhando na integra a opinião da Assessoria Jurídica, excetuando, inclusive, a peça da empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio. No que diz respeito ao mérito, explica que as teses recursais "*se assemelham e dão destaque ao fato de não ter sido, em momento algum, evidenciado dolo ou má fé, bem como inexiste notícia de prejuízo ao Erário, sendo as irregularidades vícios meramente formais*". Assim, concluindo pela manutenção na íntegra do v. acórdão.

O TC 4.556/03-37 trata do Acompanhamento de Execução do Contrato 11/2003-SME/CONAE, firmado entre a SME – Secretaria Municipal de Educação e a empresa DIANA PAOLUUCI S/A Indústria e Comércio, cujo objeto é a aquisição de 259.470 unidades de conjuntos de agasalho esportivo de Tecido Plano Tipo Tactel.

Nesta oportunidade, cuida-se dos recursos interpostos em face da decisão proferida por maioria de votos que julgou irregular a Execução Contratual e não reconheceu os efeitos financeiros decorrentes do Contrato com fulcro no princípio da acessoriedade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às 120/127, recorreu pleiteando total provimento para o fito de reformar o v. Acordão ou, ao menos, parcialmente, para que haja o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste. Para tanto, destacou o posicionamento do nobre Conselheiro Maurício Faria que julgou regular a execução.

A Senhora Maria Aparecida Perez, às fls. 129/138, igualmente recorreu, requerendo o seu provimento diante da demonstração da ausência de irregularidades e pelo bem do interesse público e da eficiência da administração pública.

A empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, às fls. 152/168, em seu recurso alega em sede preliminar a nulidade absoluta do presente por decadência em razão do lapso temporal, e, no mérito, que a contratação seja considerada válida, pois o contrato foi executado plenamente.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 178/180, manifestou-se nos seguintes termos: "*Concluindo, claro está que os recursos ora apresentados, no que tange à irregularidade da execução contratual e da não aceitação de seus efeitos financeiros, consoante Acórdão de fls. 115/116, não trazem elementos passíveis de análise por esta Coordenadoria frente ao r. decisório, vez que se tratam de argumentos exclusivamente de ordem jurídica e processual, devendo ser estes analisados pelas esferas competentes.*"

A Assessoria Jurídica, às fls. 183/194 e 219, considerando as alegações trazidas nas peças recursais e verificando os questionamentos preliminares suscitados, emitiu seu parecer opinando pela manutenção da r. Decisão em sua integralidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 221/222, reiterou seu pedido de que os efeitos financeiros dos atos praticados sejam aceitos, pois conforme depreendido da instrução, os produtos objetos do ajuste foram entregues de acordo com o pactuado, razão pela qual a não aceitação dos efeitos financeiros implicaria em locupletamento ilícito por parte da Administração.

A Secretaria Geral, às fls. 235/241, opinou pelo normal conhecimento dos recursos interpostos pela PFM, pela Sra. Maria Aparecida Perez e pela empresa Contratada Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, haja vista serem tempestivos e preencherem os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, pelo não provimento dos mesmos.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em julgamento englobado os TCs 3.924/03-93, 3.925/03-56 e 4.556/03-37, tratam respectivamente:

(I) do Pregão 14/SME/2002, do Contrato 10/2003 e do Termo Aditivo 37/2003, celebrados entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa Alpargatas S/A;

(II) do Contrato 11/2003 e do Termo aditivo 38/2003, avençado entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio;

(III) do acompanhamento da execução do Contrato 11/2003.

Todos tendo como objeto a aquisição de agasalhos esportivos de tecido plano tipo Tactel para a distribuição gratuita aos alunos da rede municipal de educação.

Nesta fase, são analisados os recursos opostos em face do acórdão proferido pelo plenário desta Casa que à unanimidade, julgou irregular o procedimento licitatório Pregão 14/SME/2002 e, por maioria de votos não acolheu os Contratos 10 e 11/2003 e os Termos Aditivos 37 e 38/2003, bem como o acompanhamento da execução do contrato 11/2003.

O não acolhimento do pregão teve como fundamento: 1) não atendimento das exigências editalícias no que diz respeito às especificações

técnicas do objeto; 2) alteração do edital de licitação sem a publicidade pelos mesmos meios adotados para a primeira versão do mesmo, e a inexistência de devolução do prazo.

Os contratos e os termos aditivos não foram acolhidos com base no princípio da acessoriedade em decorrência das irregularidades apuradas na licitação.

Preliminarmente, conheço dos recursos, com exceção aos recursos interpostos pela empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, eis que intempestivos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, a Senhora Maria Aparecida Perez e, a empresa Alpargatas S/A, restringiram-se a enfatizar a falta de prejuízos ao erário argumentando que o voto vencido melhor apreciou as questões postas.

Primeiro ponto a ser discutido concerne ao não atendimento das exigências do Edital no que diz respeito às especificações técnicas do objeto. Neste aspecto não foram apresentados elementos que permitam relevar o ponto, pois de fato o laudo do IPT indica que as amostras não atenderam as especificações técnicas.

A Administração para poder adjudicar o objeto recorreu a um critério de tolerância não lançado no Edital.

O segundo apontamento alteração do edital de licitação sem a publicidade pelos mesmos meios adotados para a primeira versão e inexistência de devolução do mesmo prazo.

Não foram trazidas aos autos novas informações que permitam a superação do ponto em análise.

Todavia, é importante fazer constar que minimamente os complementos ao anexo I do Edital foram tornados públicos no Diário Oficial do Município e conforme informações presentes nos autos os demais participantes que retiraram o Edital foram cientificados da alteração possibilitando a todos atuarem nas mesmas condições.

O novo exame dos autos me conduz a acompanhar o raciocínio elaborado pelo Nobre Conselheiro Maurício Faria que, ponderou todos os aspectos envolvidos numa perspectiva ampla sobre o todo já processado por esta Egrégia Corte.

Considerando o acompanhamento da execução contratual referente ao contrato 11/2003 efetuada no TC 4.556/03-37 oportunidade em que a área auditora concluiu o seguinte: *"À vista dos exames documentais realizados compreendendo o período de 27.05.03 a 01.10.03 e de diligências efetuadas nas*

Unidades no período desta fiscalização, entendemos que a execução parcial do Contrato 11/2003-SME/CONAE, com despesa realizada de R$ 10.553.143,50 encontra-se regular..." (fl. 24).

Levando em conta a auditoria efetuada no TC 2.509/03-86 que em parte coincide com os ajustes debatidos, tendo por objetivo verificar os valores, forma de aquisição e distribuição dos uniformes, oportunidade em que a Auditoria, apesar das ressalvas aos problemas relacionados ao planejamento, concluiu que a aquisição dos uniformes ocorreu conforme os valores praticados no mercado (fl. 11).

Tendo em vista que o exame dos instrumentos destes autos foram considerados maculados apenas em decorrência de infringências ocorridas na licitação e, manifestando-se a Assessoria Jurídica nos seguintes termos: "(...) o Pregão 14/SME/2002 está irregular, em relação ao termo de contrato 10/2003 e termo de aditamento 37/2003, submetemos ao crivo de do Nobre Conselheiro Relator, para que sejam reconhecidos os efeitos em ambos (...)" (fl. 1302, TC 3.094/03-93).

Da mesma forma no TC 3.925/03-56, fl. 114, constou o quanto segue: *"(...) submetemos ao crivo do Nobre Conselheiro Relator, para que sejam reconhecidos os efeitos financeiros do Termo de Contrato 11/2003 e do Termo de Aditamento 38/2003 (...)"*.

Dessa forma, com base nos exames efetuados indicando que os preços estavam dentro do praticado pelo mercado, da inexistência de indícios de dano ao erário, e do fato de a execução do ajuste pelo contratado ter respeitado o pactuado que, os efeitos financeiros merecem ser reconhecidos.

Diante do exposto, **CONHEÇO** dos recursos interpostos, exceto o da empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, eis que intempestivo, e quanto ao mérito, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** para reconhecer os efeitos jurídicos e financeiros dos instrumentos contratuais mantendo a **irregularidade do Pregão 14/2002 nos termos da decisão recorrida.**

No que diz respeito ao acompanhamento da execução do Contrato 11/2003 **DOU PROVIMENTO** ao recurso para **JULGAR REGULAR** a execução.

Este é meu Voto, Senhor Presidente.

VOTO EM SEPARADO englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Conheço dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por Maria Aparecida Perez e pela empresa Alpargatas S/A, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Deixo de conhecer os Recursos interpostos pela empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio, por intempestivos.

No mérito, em consonância com voto por mim proferido por ocasião do julgamento original da matéria, reafirmo, ora em grau de recurso, meu entendimento pela irregularidade do Pregão 14/SME/2002, pela regularidade do Contrato 10/2003-SME/CONAE e seu Termo Aditivo 37/2003-SME/CONAE, pela regularidade do Contrato 11/2003-SME/CONAE e seu Termo Aditivo 38/2003-SME/CONAE, bem como de sua execução (Contrato 11/2003-SME/CONAE).

Assim o faço por entender que, mesmo diante das irregularidades constatadas no Pregão 14/SME/2002, cotejando os aspectos concretos que fundaram os contratos, os termos aditivos e a correspondente execução contratual, não se mostra cabível o argumento de mera acessoriedade para o comprometimento dos mesmos.

O Pregão 14/SME/2002 foi julgado irregular em razão do não atendimento das exigências editalícias no que concerne às especificações técnicas do objeto, bem como pela alteração do edital de licitação sem a publicidade pelos mesmos meios adotados para a sua primeira versão, aliado a ausência de devolução do prazo de publicidade.

Contudo, sem prejuízo da conclusão pela sua irregularidade, entendo que o crivo definidor da gravidade das impropriedades deve, inclusive, considerar a realidade verificada a partir da própria execução do contrato.

Entendo, assim, que isso deve ser aferido com três pontos que perpassam a realidade concreta da execução contratual, sendo o primeiro deles a verificação de uma suposta licitação dirigida, o segundo traduzido na verificação de adequação do produto final que foi entregue e, por fim, o terceiro, que é a verificação de preço praticado em relação com o mercado. Esta foi, pois, a razão maior de proceder-se ao julgamento conjunto do TC 4.556.03-37 – análise de execução contratual, pois só assim se torna possível assegurar uma visão ampla sobre os questionamentos mencionados.

Em relação à execução do Contrato 11/2003, não se vislumbrou irregularidade, de forma que todos os órgãos técnicos opinaram pelo acolhimento da execução. Logo, não obstante as falhas procedimentais ocorridas na fase licitatória, o contrato foi executado de acordo com o pactuado e a contento.

Da mesma forma, no âmbito das análises realizadas nos processos em julgamento, não há indicação de dano ao erário, tampouco da adoção de preços incompatíveis com aqueles praticados pelo mercado à época da contratação, de forma que, em tendo sido executado o ajuste pelo contratado de acordo com o pactuado, devem ser aceitos seus efeitos financeiros.

Cumpre destacar, neste aspecto, que por ocasião da realização de uma auditoria programada para verificação dos valores envolvidos com

a distribuição de uniformes, realizada no período de 06 de junho a 07 de julho de 2003 (TC 2.509.03-86), período em parte coincidente com os ajustes em julgamento, concluiu a Auditoria desta Corte que, apesar da existência de problemas relacionados ao planejamento para as aquisições de uniformes, os valores dispendidos estavam em consonância com o mercado.

Por fim, quanto à hipótese de eventual cogitação de dirigismo, não se extrai dos autos nenhum indício nesse sentido. Ademais, apesar da publicação dos esclarecimentos lançados posteriormente no edital não terem sido publicados em jornal de grande circulação, houve publicação formal no Diário Oficial da Cidade e, da mesma forma, consta que foram cientificados os demais participantes que retiraram o edital. Logo, a regra valeu da mesma forma para todos e o aspecto de restritividade não foi cogitado quanto a este ponto.

Em suma, no que se refere ao produto, preço e eventual privilégio a particular, a análise do conjunto da licitação, do contrato e de sua execução não apontam favorecimento indevido ou prejuízo.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do Recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal no TC 3.924/2003, para julgar regular o Contrato 10/2003-SME/CONAE e seu Termo Aditivo 37/2003-SME/CONAE.

Quanto aos demais Recursos interpostos, voto pelo provimento integral para julgar regulares o Contrato 10/2003-SME/CONAE e seu Termo Aditivo 37/2003-SME/CONAE, o Contrato 11/2003-SME/CONAE e seu Termo Aditivo 38/2003-SME/CONAE, bem como sua execução (Contrato 11/2003-SME/CONAE).

1ºJulgado

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 2.610ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, YARA TACCONI – Revisora, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelo voto da Conselheira YARA TACCONI – Revisora, com voto apresentado em separado, bem assim pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.610ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, e ROBERTO BRAGUIM, em não acolher a execução contratual.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, que, nos termos de seu relatório e voto, considerou os aspectos concretos que fundou o contrato e afastou o argumento de mera acessoriedade para o comprometimento do mesmo, razão pela qual julgou regular a execução do Contrato 11/2003-SME/CONAE.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES 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 não acolher os efeitos financeiros da execução contratual.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e YARA TACCONI – Revisora, que aceitaram os efeitos financeiros produzidos pela execução contratual.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, YARA TACCONI – Revisora e ROBERTO BRAGUIM.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pela Conselheira YARA TACCONI – Revisora, na 2.610ª S.O.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de agosto de 2012.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto.

EURÍPEDES SALES
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

Em julgamento o Pregão 14/SME/2002, cujo objeto é a aquisição de agasalho esportivo de tecido tipo tactel, bem como os ajustes dele decorrentes, quais sejam, o Contrato nº 10/2003-SME/CONAE e o respectivo TA 37/03, celebrado com a empresa São Paulo Alpargatas S/A (Lote 1), e o Contrato nº

11/2003-SME/CONAE e respectivo TA 38/03, celebrado entre a PMSP e a Diana Paulucci S/A Indústria e Comércio (Lote 2).

Em julgamento, ainda, a execução contratual de ambos.

A Auditoria desta Corte apontou irregularidades no pregão e, após os esclarecimentos prestados pela Origem, mesmo considerando que algumas seriam passíveis de relevação, posicionou-se no sentido do comprometimento da licitação, em face dos seguintes destaques:

a) Falta de ciência das modificações introduzidas no edital pelos mesmos meios utilizados em sua primeira divulgação, que incluiu a publicação em jornal de grande circulação, e, também, a não devolução do prazo após as referidas alterações;

b) Falta de convocação dos demais licitantes, diante da inabilitação daquele que ofereceu o menor preço para o lote 3 e, num segundo momento, a consequente falta de justificativa da decisão que tornou prejudicada a licitação referente aos lotes 3 e 4, sem inclusive haver um despacho de homologação desta decisão.

c) Não inabilitação imediata da empresa que não comprovou o capital social, correspondente ao lote 3;

d) Inexistência de apresentação, pelo licitante definitivamente habilitado, de três amostras dos lotes respectivos, com obediência rigorosa às especificações do ANEXO I, e falta de qualquer pronunciamento que justificasse a aceitação de produtos em desacordo com especificações técnicas previstas no edital.

Já em relação aos Contratos nº 10/2003 e nº 11/2003, afirmou sua posição de irregularidade como consequência acessória do comprometimento da licitação, ressaltando, ainda, a fragilidade da pesquisa de preços ao tempo do certame e da assinatura do contrato.

Quanto aos aditamentos contratuais, da mesma forma é suscitado o comprometimento por acessoriedade, a não realização de pesquisa prévia necessária à prorrogação e, por fim, a falta de comprovação de regularidade fiscal ao tempo da lavratura.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua primeira manifestação, teceu considerações que foram ao encontro do relatório de Auditoria.

Após a manifestação do ordenador de despesa e da contratada, a Auditoria acolheu as justificativas relacionadas à Certidão Negativa de Débito, porque a Resolução 128/INSS/DC prorrogou a validade da certidão apresentada.

A AJCE superou não somente o aspecto da regularidade fiscal, no que diz respeito ao TA, como entendeu também relevável a ausência de pesquisa de preço pelo curto espaço de tempo (3 meses) entre sua lavratura e a celebração do ajuste.

A Chefe da AJCE entendeu possível o reconhecimento dos efeitos financeiros.

No mais, tanto a Auditoria como a AJCE mantiveram as opiniões lançadas anteriormente.

A Procuradoria da Fazenda propugnou pelo acolhimento do pregão, dos contratos dele decorrentes e respectivos termos de aditamentos, afirmando que as alterações efetuadas no edital não foram substanciais, sendo meros esclarecimentos às dúvidas apresentadas pela empresa Alpargatas, e que foram os mesmos adequadamente publicados, tendo todas as empresas sido cientificadas de todo o conteúdo.

Em relação à inabilitação, considerou que, ao final, não houve alteração no resultado do certame. Ponderou ainda que restou evidenciada a inviabilidade de reabertura para os itens 3 e 4, de modo que a ausência de justificativa pode ser relevada.

A Secretaria Geral considerou insuperável o vício relacionado à não devolução de prazo e nova publicação, diante da natureza das alterações promovidas e, também, à efetiva contratação apesar das amostras terem sido consideradas inadequadas, no caso do contrato nº 10/2003.

Quanto aos Termos de Aditamento, considerou que, apesar dos mesmos não padecerem de vício autônomo, devem ser julgados irregulares em decorrência do princípio da acessoriedade. Ponderou, ao final, que a existência de vários procedimentos instaurados e ainda não concluídos, mas que podem concluir pela existência de prejuízo ao erário, torna inviável a aceitação dos efeitos financeiros. Finalizando o relatório, cabe agora versar sobre a execução do contrato 11/2003.

Neste, a Auditoria opinou pela sua regularidade, apontando apenas a necessidade de aprimoramento dos lançamentos de entrada e saída de mercadorias no sistema informatizado de controle interno de estoque do almoxarifado II.

A AJCE entendeu a falha relevável, sobretudo considerando a manifestação da Origem no sentido de que o almoxarifado seria cientificado sobre a necessidade do aprimoramento dos controles, e opinou pelo acolhimento da execução.

A PFM propugnou pelo acolhimento da execução e a Secretaria Geral acompanhou as manifestações precedentes considerando regular a execução contratual.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

As falhas apontadas na instrução definem-se por campos distintos, compondo-se por um grupo que afirma o comprometimento do certame e dos atos dele decorrentes, e por um subgrupo, contido no primeiro, que diz respeito exclusivamente às questões referentes aos lotes 3 e 4.

Quanto a este subgrupo atinente aos lotes 3 e 4, valho-me da posição defendida pela Procuradoria da Fazenda Municipal para, da mesma forma, reconhecer que os procedimentos que culminaram com a não retomada da licitação e, por consequência, a correspondente inexistência de adjudicação destes lotes, não devem ser vistos como conteúdo passível de efetivo comprometimento de todo o certame, pois não redundaram em contratação ou qualquer demonstração efetiva de prejuízo.

Em paralelo, a ausência de justificativa para a posição tomada pela Origem de desistência dos lotes 3 e 4 tampouco deve ser encarada como mácula que implique em tal gravame.

É possível depreender da ata de fls. 1037/1038 que a superação da fase de lances com base no preço ofertado pela empresa habilitada provisoriamente, e posteriormente inabilitada, traduziu-se, de fato, num equívoco na condução dos trabalhos, mas a desistência de prosseguimento por parte da Administração para os lotes 3 e 4, propriamente, ocorreu por premência do calendário letivo e o decurso do tempo, o que não pode ser considerado, na prática, algo irrelevante.

Sendo assim, digressões quanto a não inabilitação imediata da empresa que não comprovou o capital social, no lote 3, deixam de ser conteúdo essencial de análise, considerando que não redundaram em vínculos obrigacionais ou de responsabilização para a Administração, e, ao mesmo tempo, a solução final dada se mostrou voltada para a retomada do certame nos lotes 1 e 2, com vistas ao cumprimento do programa social na data de início das aulas, o que ocorreu minimamente através desses lotes, conforme a conclusão pela regularidade da execução contratual por parte dos órgãos técnicos.

O que cabe apreciar, então, é o conjunto das demais irregularidades apontadas, que confrontam justamente com esses lotes contratados, quais sejam, a falta de pronunciamento sobre o fato de as amostras dos lotes 1 e 2, analisadas pelo IPT, não estarem de acordo com as especificações técnicas previstas e, também, a alteração do edital sem a publicidade dada pelos mesmos

meios adotados para a sua primeira versão, com a consequente inexistência de devolução do prazo.

1 - exigências editalícias no que diz respeito às especificações técnicas do objeto: Segundo laudo apresentado pelo IPT juntado às fls. 573/576, as amostras não atenderam todas as especificações do edital.

No entanto, para realizar tal adjudicação, a Administração valeu-se de critério não inserto no edital que estabelece a tolerância de 8% para o recebimento do objeto.

Esse ponto representa uma irregularidade que mereceria uma resposta por parte da Origem. No entanto, não houve sequer manifestação direta da Administração confrontando o laudo produzido. Não havendo elementos de superação do questionamento aventado, mantem-se esta irregularidade.

O desdobramento dessa situação será contemplado na parte dispositiva da presente decisão.

2 - alteração do edital sem a publicidade pelos mesmos meios adotados para a primeira versão do edital e a inexistência de devolução do prazo:

O órgão licitante, em decorrência de esclarecimentos solicitados pela empresa Alpargatas, complementou o ANEXO I que trata das especificações do objeto e procedeu à publicação no Diário Oficial do Município para que os demais licitantes retirassem os dados complementares.

Pelo conteúdo dos questionamentos anexado à fl. 97 dos autos, e igualmente pelo conteúdo das informações prestadas pela unidade, denota-se que o edital estava incompleto e as informações complementares eram indispensáveis para a formulação das propostas.

Esse apontamento também não restou superado em face da defesa produzida, uma vez que, apenas para exemplificar, o anexo I não trazia a composição, gramatura, espessura, resistência e solidez da cor do tecido, informações indispensáveis para a composição do preço a ser ofertado pelos licitantes.

Sem prejuízo da conclusão pela irregularidade, entendo, contudo, que o crivo definidor da gravidade desta impropriedade deve inclusive considerar a realidade verificada a partir da própria execução dos contratos.

Frise-se, não há qualquer possibilidade de afastar a certeza de que os responsáveis extravasaram as regras do edital, assumindo uma margem de desconformidade dos produtos de 8%, sequer prevista. Porém, entendo que isso deve ser cotejado com três pontos que perpassam a realidade concreta da execução contratual, sendo o primeiro deles a verificação de uma suposta licitação

dirigida, o segundo traduzido na verificação de adequação do produto final que foi entregue e, por fim, o terceiro, que é a verificação de preço praticado em relação com o mercado.

Esta é, pois, a razão maior de proceder-se ao julgamento conjunto do TC 4.556.03-37 – análise de execução contratual, pois só assim se torna possível assegurar uma visão ampla sobre os questionamentos mencionados.

Em relação à execução contratual do Contrato 11/2003, não se vislumbrou irregularidade, de forma que todos os órgãos técnicos opinaram pelo acolhimento da execução. Assim, não obstante as falhas procedimentais ocorridas na fase licitatória, que atingiram de certa forma os ajustes, o contrato foi executado de acordo com o pactuado e a contento.

Nesse aspecto, e considerando o tempo decorrido, ponderou a AJCE, quanto à contratação, pela viabilidade da aceitação dos efeitos financeiros, o que foi rechaçado pela Secretaria Geral em face da existência de procedimentos instaurados paralelamente visando a averiguação da regularidade na execução dos ajustes, dos quais poderia ocorrer a conclusão pela existência de prejuízo, o que, na prática, não se verificou.

Cumpre destacar, neste aspecto, que por ocasião da realização de uma auditoria programada para verificação dos valores envolvidos com a distribuição de uniformes, realizada no período de 06 de junho a 07 de julho de 2003 (TC 2.509.03-86), período em parte coincidente com os ajustes em julgamento, concluiu a Auditoria desta Corte de Contas que, apesar da existência de problemas relacionados ao planejamento para as aquisições de uniformes, os valores dispendidos estavam em consonância com o mercado.

Tal apontamento no TC 2.509.03-86, somado às informações constantes destes autos leva à conclusão de que haveria, em tese, de ser acatada a sugestão da Assessoria Jurídica de Controle Externo pelo reconhecimento dos efeitos econômicos dos ajustes, caso julgados irregulares.

Assim, no âmbito das análises realizadas nos processos em julgamento não há indicação de dano ao erário, tampouco da adoção de preços incompatíveis com aqueles praticados pelo mercado à época da contratação, de forma que, em tendo sido executado o ajuste pelo contratado de acordo com o pactuado, devem ser aceitos seus efeitos financeiros.

Considero que a existência de procedimentos apuratórios por outras instituições, por si só, não deve ser fator a inibir a formação de juízo pelo Tribunal de Contas, sobretudo quando existem informações suficientes, nos processos em julgamento, de que os preços praticados não destoaram da prática de mercado e de que não se verifica prejuízo aos cofres públicos.

Quanto à hipótese de eventual cogitação de dirigismo, não se extrai dos autos nenhum indício nesse sentido. Ademais, apesar da publicação

dos esclarecimentos lançados posteriormente no edital não terem sido publicados em jornal de grande circulação, houve publicação formal no Diário Oficial da Cidade e, da mesma forma, consta que foram cientificados os demais participantes que retiraram o edital.

Com isso, a regra valeu da mesma forma para todos e o aspecto de restritividade não foi cogitado quanto a este ponto.

Em suma, no que se refere a produto, preço e eventual privilégio a particular, a análise do conjunto da licitação, do contrato e de sua execução não apontam favorecimento indevido ou prejuízo.

Diante de todo o exposto, julgo irregular o Pregão nº 14/SME/2002, diante dos apontamentos não superados.

No entanto, diante dos aspectos concretos que fundaram os contratos, os termos aditivos e suas correspondentes execuções, afasto o argumento de mera acessoriedade para o comprometimento dos mesmos, razão pela qual julgo-os regulares.

Determino à Origem que atente, no futuro, para a rigorosa observância das fases no pregão, com vistas a evitar anomalias da mesma ordem (2.610ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pela Conselheira Yara Tacconi

Voto com o relator em relação à irregularidade do pregão (TC 3.924.03-93). Deixo de acolher os instrumentos contratuais analisados no TC 3.925.03-56.

Não acolho a sua execução mas aceito os efeitos financeiros, no TC 4.556.03-37, em razão da execução no período auditado ter cumprido o que estava no contrato, e em face do dispositivo do parágrafo único do artigo 59 da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que a nulidade do ajuste não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado (2.610ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC 3.924/03-93 da análise do Pregão nº 14/2002, do Contrato nº10/2003 e do Termo Aditivo nº 37/2003 enquanto o TC 3.925/03-56 trata do Contrato nº 11/2003 e do Termo Aditivo nº 38/2003, firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa São Paulo Alpargatas S.A. o primeiro e, o segundo, com a empresa Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio,

objetivando a aquisição de 352.000 (trezentos e cinquenta e dois mil) e 259.470 (duzentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e setenta) unidades de agasalho esportivo de tecido plano, respectivamente.

O TC 4.556/03-37, julgado de forma englobada, cuida do acompanhamento da execução do Contrato 11/2003.

O Conselheiro Relator Vice-Presidente Maurício Faria julgou irregular o Pregão[1] e regulares os Contratos, os Termos Aditivos e a execução contratual.

Divergiu a Conselheira Revisora Yara Tacconi que julgou irregulares o Pregão, os Contratos, os Termos Aditivos e a execução contratual, aceitando, contudo, os efeitos financeiros da execução do Contrato nº 11/2003.

O Conselheiro Eurípedes Sales julgou irregulares o Pregão, os Contratos, os Termos Aditivos e a execução contratual, não acolhendo os seus efeitos financeiros, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Roberto Braguim.

Assim sendo, registrou-se empate quanto à aceitação dos efeitos financeiros da execução contratual 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 a corrente do Conselheiro Eurípedes Sales e do Conselheiro Roberto Braguim, restando, por maioria de votos, não acolhidos os efeitos financeiros da execução contratual.

[1] Irregularidades remanescentes no Pregão: 1) não atendimento das exigências editalícias no que diz respeito às especificações técnicas do objeto; 2) alteração do edital de licitação sem a publicidade pelos mesmos meios adotados para a primeira versão do mesmo, e a inexistência de devolução do prazo.