EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-005.596.04-78

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS E DE RETIRRATIFICAÇÃO. AHM. Serviços de nutrição e dietética. Termo Aditivo 39/2006 com despacho autorizatório e NE extemporâneas e efeitos retroativos. REJEITADO. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Demais termos REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 60 e 61, Lei 4.320/64. Art. 45, Dec. Mun. 4.279/03**.**

2.707ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 acolher a Concorrência Pública 0003/2003, o Contrato 041/AHMRCL/2003, os Termos Aditivos 035/2004, 057/2005, 011/2006, 054/2006, 040/2007, 030/2008 e os Termos de Retirratificação 010/2006 e 005/2007, relevando os senões constatados nestes autos, por meramente formais.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em rejeitar o Termo Aditivo 039/2006, visto que celebrado em afronta à legislação aplicável à espécie.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em reconhecer "in casu", os efeitos financeiros que dele decorreram, uma vez que a falha detectada adveio de conduta interna da Administração, sem qualquer participação da SP Alimentação e Serviços Ltda., que não pode, por conseguinte, arcar com ônus por ato sobre o qual não teve nenhuma responsabilidade.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em deixar de aplicar penalidade aos agentes públicos envolvidos, pois, em que pese descuido de tais servidores, não se detectou, em nenhuma passagem destes autos, conduta eivada de má-fé ou dolo da parte deles.

Participaram do julgamento o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de outubro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Inicialmente, o presente cuidou do exame da Concorrência Pública nº 0003/2003, promovida pela então Autarquia Hospitalar Municipal Regional de Campo Limpo, atual Autarquia Hospitalar Municipal, objetivando a prestação de serviços de nutrição e dietética para unidades que lhe integravam, bem como do Contrato nº 041/AHMRCL/2003, que daquela decorreu, celebrado entre a referida Autarquia e SP Alimentação e Serviços Ltda., e dos Termos Aditivos nºs 035/2004 e 057/2005.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC, ao analisar a Licitação e o Contrato antes identificados, opinou pela irregularidade de ambos - o Certame pela ausência de despacho autorizatório e de aposição de data no Edital, enquanto o Instrumento Contratual mereceria ser rejeitado porque os recursos empenhados não se mostraram suficientes para cobrir as despesas do Ajuste e porque a publicação do respectivo extrato foi extemporânea, além de a Autarquia não ter observado as disposições relativas ao Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – SERI.

Tanto a então Autarquia Hospitalar Municipal Regional de Campo Limpo como também a ordenadora da despesa da época foram chamadas a se manifestar, tendo sido, em consequência, encaminhados os esclarecimentos de fls. 166/182, prestados pela primeira, que aduziu, suscintamente que:

1. A Superintendente da Autarquia daquela oportunidade manifestou sua concordância com o andamento do Certame, tendo, assim, emitido Despacho Autorizatório;

2. A falta de aposição de data no Edital acabou por suprida pela sua publicação;

3. Havia saldo suficiente para honrar as obrigações decorrentes do Contrato em foco.

A Senhora Susana Rosa Lopez Barrios, ordenadora da despesa, acompanhou os esclarecimentos já mencionados, consoante Ofício s/nº de fls. 186/213.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – ao reexaminar a matéria, e levando em conta que 6 (seis) empresas retiraram o Edital da Concorrência nº 0003/2003 e que, também, foi comunicada, via fax, à Associação Brasileira das Empresas de Refeições Coletivas – ABERC, opinou pela relevação da falha de início apontada no tocante à peça convocatória, vez que aquela não implicou restrição à participação de interessados na disputa.

Em relação ao Contrato, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC retificou seu entendimento anterior, pois a Autarquia Hospitalar demonstrou a suficiência de recursos para suportar as despesas dele decorrentes.

Por requerimento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, os Termos Aditivos nºs. 035/2004 e 057/2005 à contratação, que cuidaram da prorrogação do ajuste original, em 12(doze) meses cada um deles, passaram a integrar o objeto dos autos.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, ao analisá-los, opinou pela regularidade dos mencionados Termos, sendo que, em relação ao de nº 035/2004, ressalvou que a sua respectiva publicação foi extemporânea.

Chamada a se manifestar, a Autarquia Hospitalar, esclareceu que, embora a publicação do extrato do Termo Aditivo nº 035/2004 tenha ocorrido a destempo, o Despacho Autorizatório da correspondente prorrogação foi publicado anteriormente, dele constando os dados essenciais à formalização do Termo. Ademais, realçou que não houve intenção dos agentes envolvidos em desrespeitar a legislação aplicável à espécie.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em novo pronunciamento, encartado às fls.344/345, depois de postar-se pela relevação da publicação extemporânea antes referida, reiterou a regularidade de todos os instrumentos sob julgamento, mantidas as ressalvas antes referidas.

Na mesma linha posicionaram-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Procuradoria da Fazenda Municipal.

Vieram aos autos, - apesar da avançada fase de instrução em que o feito se encontrava-, os Termos Aditivos nºs. 011/2006, que trata de reajuste contratual (fls. 360/362), 039/2006, que reestabelece o reequilíbrio econômico-financeiro do instrumento original (fls. 391/393), 054/2006 (fls. 415/417), que cuida da prorrogação contratual por 12(doze) meses e do reajuste provisório da

contratação em 3% (três por cento), 040/2007, que estende o prazo contratual por outros 12 (doze) meses (442/444), 030/2008, que alterou a titularidade da Contratante (448/450), e os Termos de Retirratificação nºs 010/2006 (fls. 400/402) e 005/2007 (fls. 424/425).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, manifestando-se, novamente, concluiu pela regularidade dos Termos Aditivos nºs. 011/2006, 054/2006, 040/2007 e 030/2008, bem como dos Termos de Retirratificação nºs. 010/2006 e 005/2007, com a ressalva, em relação a todos os instrumentos, de infringência pelo não encaminhamento das informações pertinentes por meio do SERI.

A Auditoria, por outro lado, opinou pela irregularidade do Termo Aditivo nº 039/2006, tendo em vista a intempestividade do Despacho Autorizatório e da Nota de Empenho, a atribuição de efeitos financeiros retroativos ao Ajuste e, ainda, pela falta de envio de informações pelo SERI.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, de sua parte, trilhou pelo mesmo caminho da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, manifestando-se pela irregularidade do Termo Aditivo nº 039/2006, e pelo acolhimento dos demais Instrumentos, relevando, quanto a estes, as falhas detectadas, por alheias à relação jurídica estabelecida entre a Administração e a Contratada, incapazes, portanto, de macular os Ajustes.

A Autarquia Hospital foi oficiada para que se pronunciasse sobre a irregularidade referente ao Termo Aditivo nº 039/2006, tendo sido encaminhados a este Corte, em consequência, os esclarecimentos de fls.483/488, que podem ser assim sintetizados:

a) A intempestividade do Despacho Autorizatório da formalização do Termo Aditivo não implicou infringência legal, pois o instrumento cuidou de recomposição de preço de ajuste anterior, o que não caracterizaria a realização de despesa nova;

b) Pela mesma razão não há como ser configurada a atribuição de efeitos financeiros retroativos;

c) Não ficou demonstrado que os atos praticados tenham sido movidos por dolo ou má-fé;

d) Não se vislumbrou prejuízo ao Erário.

Submetidas tais assertivas à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, esta manteve seu posicionamento pela irregularidade do Termo Aditivo nº 039/2006, bem como ratificou o acolhimento dos demais atos praticados, com as ressalvas já apontadas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a seu turno, opinou pela irregularidade do Termo mencionado e, contrariando seus pronunciamentos anteriormente exarados, manifestou-se pelo não acolhimento do Contrato nº 041/2003 e do Termo Aditivo nº 035/2004, em face da publicação extemporânea dos respectivos extratos; posicionou-se, por outro lado, pela regularidade de todos os outros Instrumentos em exame, ressalvando, todavia, que a aprovação daqueles Termos fica condicionada à decisão que vier a ser proferida em relação ao Contrato original, em observância ao princípio da acessoriedade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à fl. 458, absorvendo "integralmente os esclarecimentos da Autarquia (fls. 483/488), face os elementos constantes dos autos e os pronunciamentos favoráveis dos Órgãos Técnicos desta Corte, requer sejam acolhidos a Concorrência, Contrato e Aditamentos (...), ainda que mediante convalidação ou relevação das impropriedades meramente formais apontadas ..."

Encerrando a instrução, a Secretaria Geral exarou pronunciamento no sentido da plena regularidade do Termo Aditivo nº 057/2005, pela rejeição do Termo Aditivo nº 039/2006, e pelo acolhimento, com as ressalvas antes consignadas, da Concorrência e demais Instrumentos sob julgamento.

É o relatório.

VOTO

De fato, não há como ser relevada irregularidade que diga respeito à insuficiência de recursos para suportar dada obrigação assumida pela Administração, na medida em que, além do potencial de gerar prejuízo ao Erário, diante das implicações decorrentes do não pagamento de dada parcela do ajustado por insuficiência de numerário, pode ocasionar sérios transtornos ao Contratado, levado a crer na confiabilidade do cumprimento das obrigações pelo ente público, quando, na verdade, este agiu de forma relapsa.

Se adicionada a isso a atribuição de efeitos financeiros retroativos a dado Ajuste, o mundo jurídico não tem como albergar o ato praticado nessas condições.

Desse modo, não é passível de acolhimento o Termo Aditivo nº 039/2006, por flagrante descumprimento dos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64, em face da intempestividade do Despacho Autorizatório e da Nota de Empenho, e do artigo 45 do Decreto nº 44.279/2003, pelos efeitos financeiros retroativos conferidos ao mencionado Instrumento.

No que tange aos demais Termos sob julgamento, os lapsos apontados não se mostraram suficientes para macular a essência da relação jurídica formalizada, pois não têm o condão de nela interferir, até porque estranhos ao pactuado, como ressaltado com precisão pela Assessoria Jurídica de Controle Externo- AJCE.

Assim sendo, calcado nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC e da Secretaria Geral - SG, acolho a Concorrência Pública nº 0003/2003, o Contrato nº 041/2003, os Termos Aditivos nºs. 035/2004, 57/2005, 011/2006, 054/2006, 040/2007, 030/2008 e os Termos de Retirratificação nºs. 010/2006 e 005/2007, relevados os senões apontados, por meramente formais, e rejeito o Termo Aditivo nº 039/2006, posto que celebrado em afronta à legislação aplicável à espécie.

Em relação a esse último Ajuste, reconheço, “in casu”, os efeitos financeiros que dele decorreram, vez que a falha detectada adveio de conduta interna da Administração, sem qualquer participação da Contratada, que não pode, por conseguinte, arcar com ônus por ato sobre o qual não teve nenhuma responsabilidade.

Ademais, deixo de aplicar penalidade aos agentes públicos envolvidos, pois, em que pese descuido de tais servidores, não se detectou, em nenhuma passagem destes autos, conduta eivada de má-fé ou dolo da parte deles.

É como voto.