



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR – CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI

19ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 01/07/2015

ITEM 16

Processo: TC 002324/007/01

Recorrente(s): José Bernardo Ortiz - Ex-Prefeito Municipal de Taubaté.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de Taubaté e Systal Sistema de Alimentação de Coletividade Ltda., objetivando a prestação de serviços de preparo de merenda escolar com fornecimento de todos os insumos, distribuição nas unidades educacionais, prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e utensílios utilizados, visando atender o programa de alimentação nas unidades educacionais do Município de Taubaté.

Responsável(is): José Bernardo Ortiz (Prefeito à época).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares a concorrência, o contrato e os termos de prorrogação, bem como ilegais as despesas decorrentes, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando multa no valor de 500 UFESP's, ao responsável pelo Executivo Municipal à época. Acórdão publicado no D.O.E. de 21-12-12.

Advogado(s): Flávia Maria Palavéri, Marcela de Carvalho Carneiro e outros.

Procurador(es) de Contas: Letícia Formoso Delsin Matuck Feres.

Fiscalização atual: UR-7 - DSF-II.

Tratam os autos de **Recurso Ordinário interposto por José Bernardo Ortiz, ex-Prefeito do Município de Taubaté, contra o v. Acórdão** proferido pela E. Segunda Câmara, **que julgou irregular a licitação, na modalidade de concorrência** n.º 11/01, **o contrato¹, os termos de**

¹ Prestação de serviços de preparo de merenda escolar com fornecimento de todos os insumos, distribuição nas unidades educacionais, prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e utensílios utilizados, visando atender o programa de alimentação nas unidades educacionais do Município de Taubaté.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

prorrogação, celebrados com Systal Sistema de Alimentação de Coletividade Ltda., para o fornecimento de merenda escolar.

Decidiu, ainda, aplicar multa ao senhor José Bernardo Ortiz, no valor pecuniário equivalente a 500 (quinhentas) *Ufesp's*, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar n.º 709/93.

Os motivos que decretaram a irregularidade da matéria foram: "1 - o artigo 37, XXI, da Constituição, buscando preservar os princípios fundamentais dos atos administrativos (sobretudo a legalidade, impessoalidade e economicidade) prescreve que "a lei somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"; 2 - bem por isso, para a habilitação nas licitações, somente pode ser exigida a documentação expressamente relacionada nos artigos 27 a 31 da Lei n. 8.666/93, sendo esse o entendimento firmado na doutrina e na jurisprudência; 3 - No caso concreto, o edital da licitação indevidamente formulou exigências que contrariam esse entendimento e extrapolam a autorização legal; 4 - a exigência de apresentação de Manual de Boas Práticas (item 5.5.j), no momento da qualificação técnica, tornou-se restritiva, porque somente pode ser exigido da licitante vencedora, por se relacionar à fase da execução contratual, contrariando pacífica jurisprudência desta Egrégia Corte de Contas; 5 - no que se refere à emissão bipartida de notas fiscais (item 9.4"a" e "b"), a jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que, por tratar-se de objeto único, não há que se aventar desmembramento de notas fiscais; 6 - o fornecimento de alimentos é atividade sujeita apenas à



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, não cabendo, pois, cogitar-se da emissão dúplice de notas fiscais comprobatórias de sua execução; **7** - segundo creio, pretendendo a Administração aproveitar recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE para custeio da merenda escolar, há de manter contratos distintos para o simples fornecimento de gêneros alimentícios e para o preparo de refeições da merenda escolar; **8** - outras falhas apontadas reforçam o juízo de reprovação a respeito dos atos praticados: ausência de especificação do índice a ser aplicado para efeito de reajuste e o próprio reajuste de valor sem apontar o índice eleito; ausência de comprovação do recolhimento da garantia de execução, tanto do contrato principal, quanto de seus termos de prorrogação; **9** - observo, ainda, a participação de apenas duas empresas, de quatorze que retiraram o edital, em clara evidência da falta de competitividade no certame e, pois, da garantia de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da observância do princípio da economicidade; **e, 10** - os termos de prorrogação estão comprometidos porque acessórios de contrato irregular."

Em suas razões de recurso (fls. 1657/1709), **o recorrente**, por suas advogadas, em síntese, **sustentou: que** a exigência de apresentação de manual de boas práticas não é fator restritivo, mas sim de averiguação de sua adequação e qualificação frente às normas de saúde, para assegurar que a empresa atende aos parâmetros e critérios do controle higiênico sanitário, quanto a higiene e saúde; **que** o manual diz respeito à forma de manipulação, distribuição e uniformização, envolvidos na prestação do serviço, nos termos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

da resolução RDC 216/2004 e Portaria CVS 6/99, da Anvisa, estabelecendo procedimentos de boas práticas para os serviços de alimentação; **que** assim, com supedâneo no artigo 30, inciso IV, da Lei de Licitações, a municipalidade exigiu como documentação relativa à qualificação técnica prova de atendimentos a requisitos previstos em lei especial; **que** à época da deflagração do certame no ano 2001, não havia manifestação em contrário desta Corte, não podendo a Administração correr o risco de contratação de empresa que realizasse os serviços em condições ilegais; **que** não há nos autos nenhuma menção de que esta exigência teria concorrido para que apenas 02 (duas) empresas concorressem ao certame, pois não se configura restritiva, mas sim, de uma exigência condizente com o ordenamento legal; **que** este Tribunal já julgou regular pregão que contou com a participação de uma única proponente, com referida exigência, supostamente teria infringido a Súmula 14, relegando a questão ao campo da recomendações; **que** quanto a emissão bipartida das notas fiscais, com base na SDG que reviu seu entendimento, acolhendo as informações prestadas em memorial estavam aptas a reverter e, ainda, considerando seu posicionamento no TC 1441/007/02 que tratou de matéria análoga, propôs sua regularidade; **que** verifica-se a partir de uma análise sistemática que encontram-se previstos os requisitos financeiros suficientes para a plena execução contratual, como por exemplo: o preço, condições de pagamento e reajuste (itens 05 e, 07 do contrato, respectivamente); **que** denota-se que o que gera, na verdade ao contratado direito à correção monetária não é o prazo de execução contratual superior a um ano, mas, sim o transcurso de um ano ou mais entre a data da apresentação da proposta e o término efetivo da consecução do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

objeto para o qual foi contratado; **que** a correção monetária (conceito *lato sensu*, o que inclui o reajuste ou atualização) não é um *plus*, mas sim um *minus*, que nada acrescenta, mas tão somente preserva o valor real da moeda corroída pela inflação, transcrevendo decisão do Superior Tribunal de Justiça; **que** é forçoso concluir que o direito à correção monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento não deriva da cláusula do edital, decorre do artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, visando o equilíbrio econômico financeiro nas contratações; **que** a execução do contrato se deu na mais perfeita ordem, tendo sido concluído o ajuste sem que a Administração necessitasse de se socorrer a referida garantia para assegurar a execução; **que** o ex-Prefeito não negligenciou no comando da máquina administrativa, haja vista que sempre buscou fiscalizar todos os atos e, nesse sentido, foi decidido, nos autos do TC 253/007/17, pela não aplicação de multa, pois restou configurada dificuldade em se apurar o efetivo responsável pela impropriedade; **que** a Administração agiu rigorosamente de acordo com os preceitos legais e, inexistem critérios objetivos expressos na legislação deste Tribunal para aplicação de multa, cabendo ao aplicador mensurá-la, mas não implicando em subjetivismo e sim em racionalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, trazendo a colação conceito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; **que** ainda em relação a multa aplicada, transcreveu trechos doutrinários para corroborar a assertiva, de José Roberto Pimenta de Oliveira, Celso Antonio Bandeira de Melo, Márcia Fratari Majadas, Almiro do Couto e Silva, Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz (fls. 1682/1685), asseverando que a pena pecuniária imposta se mostrou excessiva e injusta, pois da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

disputa deflagrada resultou na escolha de proposta vantajosa; **e, por fim, considerando** tudo o quanto retro exposto e demonstrado que todos os atos se pautaram pela satisfação do interesse público envolvido, balizando seus atos na legislação vigente e de boa fé, **requereu** o conhecimento e provimento do presente Apelo, para o fim de modificar a decisão combatida e julgar regular a matéria examinada e, conseqüentemente, cancelando a multa aplicada, tudo como medida da mais absoluta Justiça.

Ministério Público de Contas se posicionou pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto, haja vista que foi violada a ampla competitividade do certame e a busca da proposta mais vantajosa, ante as exigências impostas no instrumento convocatório, cujo Acórdão deve ser mantido em sua íntegra.

SDG se manifestou pelo conhecimento do apelo **e, no mérito, pelo não provimento do presente recurso interposto**, essencialmente, porque não foi selecionada, efetivamente, a proposta mais vantajosa à Administração Pública, e ainda, porquanto nada de novo foi trazido aos autos que pudessem modificar o panorama processual anteriormente constatado.

É o relatório.

V O T O:

Em preliminar, conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos legais de sua admissibilidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mérito, o apelo não merece prosperar, pois em que pesem os esforços despendidos para reversão do julgamento, permaneceram inalteradas as máculas apontadas que fulminaram na decretação de irregularidade da Decisão recorrida.

O ponto cerne processual residiu, no presente caso, da previsão do item 5.5, alínea "a" do edital, com a exigência de apresentação de manual de boas práticas individualizado por unidade educacional, o qual extrapola o rol de documentos de que trata, de modo exaustivo, o artigo 30 da Lei nº 8.666/93, pois aquilo que não for contemplado na lei não poderá ser exigido.

Com efeito, ao pretender que todas as proponentes demonstrem sua capacidade mediante a apresentação do Manual de Boas Práticas de Manipulação, a Administração adentra ao campo da ilegalidade, já que esse documento não foi previsto na norma legal.

Isto porque, não é admissível que a habilitação esteja atrelada a aspectos da execução contratual, na medida em que pode efetivamente inviabilizar o ingresso de potenciais fornecedores, se mostrando restritiva.

Outra irregularidade grave consistiu na exigência disposta nos itens 9.4 alínea "a" e 9.4 alínea "b", do edital, que impôs que a empresa contratada deveria, para receber o pagamento pela prestação do serviço executado, fornecer duas faturas distintas: uma referente aos insumos fornecidos e outra pelos serviços efetivamente prestados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como bem atestou a Unidade Regional de São José dos Campos - UR.7 (fls. 839)," Não há no objeto distinção entre a aquisição dos gêneros alimentícios e seu preparo, assim, não justifica a exigência de 02 (duas) notas fiscais com a alegação que a despesa com a aquisição dos gêneros irá onerar verba proveniente de repasse de convênio, pois, se a verba será proveniente de convênio, caberia até a realização de outra licitação para aquisição somente deste gêneros."

Com efeito, a exigência de emissão bipartida de notas fiscais contraria, expressamente, o artigo 2º, inciso II, do Regulamento do ICMS, uma vez que o objeto do ajuste é a prestação de serviços de preparo de merenda escolar com o fornecimento de todos os insumos, distribuição e manutenção.

Como bem sopesou SDG, "... a argumentação defensoria não justificou a ausência de especificação, no edital e no contrato, do índice aplicável em caso de reajuste, nem mesmo esclareceu a omissão dos índices tomados nos reajustes efetuados em concreto, através dos termos de prorrogação, em dissintonia com o artigo 55, inciso III, da Lei Federal n.º 8666/93."

Ainda, restou consignado na instrução processual que, persistiu a não comprovação do recolhimento da garantia para a execução contratual, tanto do contrato principal, quanto de seus termos de prorrogação, porquanto o documento apresentado, na realidade, é referente à garantia de participação no certame, atestado pela própria Prefeitura consoante se observa de fls. 1708.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Impende ressaltar, que é irreversível o julgamento de irregularidade da matéria, haja vista que os procedimentos adotados, resultaram em impedir a participação de um maior número de interessados, maculando todo procedimento licitatório, visto que das 14 (quatorze) empresas que retiraram o edital, houve a participação no certame de 02 (duas) proponentes, impondo, assim, caráter restrito ao certame, dispensando maiores comentários.

Registro que, muito embora, as Súmulas baixadas por esta Egrégia Corte de Contas, foram editadas posteriormente a instauração do certame, as mesmas consolidam pacíficos entendimentos que vêm sendo adotados nas decisões proferidas ao longo dos anos nesta Casa.

Assim, as impropriedades constatadas, por si só, comprometeram irremediavelmente a matéria, restando maculados os subsequentes termos aditivos de prorrogações, pelo princípio da acessoriedade, sendo as justificativas apresentadas insubsistentes, além do que estão contaminados pelos vícios do principal.

De todo o arrazoado, à evidência, conclui-se que os elementos constantes dos autos indicaram que os atos praticados estavam desde o início do procedimento licitatório inquinados de irregularidades.

Vale lembrar que a Municipalidade dispõe de meios para assegurar a prestação dos serviços pretendidos, na forma que considera ideal sem que com isso comprometa a competição da licitação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por fim, correta foi à penalidade imposta, tendo em vista que desde o início dos procedimentos existiram impropriedades que interferiram no transcurso do certame licitatório, que contrariaram dispositivos já citados do Estatuto Licitatório e do Regulamento do ICMS, muito além do suficiente para caracterização de "ato praticado com infração à norma legal ou regulamentar" nos exatos termos do artigo 104, inciso II, da Lei n.º 709/93, que fundamentou a pena.

Nessa conformidade, permanecendo inalterada a situação processual constatada anteriormente, VOTO pelo não provimento do presente recurso interposto, mantendo-se na íntegra os exatos termos e judiciosos fundamentos da r. Decisão combatida.

ANTONIO ROQUE CITADINI
Conselheiro Relator



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

ITEM 16 DA PAUTA - PROCESSO: TC 2324/007/01

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto pelo ex-Prefeito de Taubaté, contra Acórdão² da Segunda Câmara, que julgou irregular concorrência 11/01, contrato e termos aditivos, celebrados com Sistol Sistema de Alimentação de Coletividade Ltda., para o fornecimento de merenda escolar.

Aplicado multa de 500 Ufesp's ao ex-Prefeito.

Relatório disponibilizado a Vossas Excelências.

Passo à síntese do VOTO:

Em preliminar, conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos legais de sua admissibilidade.

No mérito, o apelo não merece prosperar.

A exigência de apresentação de manual de boas práticas, não é admissível para a fase de habilitação, inviabilizando o ingresso de potenciais fornecedores, se mostrando restritiva e, por extrapolar o rol documentos exigidos na Lei 8.666/93

Ademais, a exigência de emissão bipartida de notas fiscais contraria o artigo 2º, inciso II, do Regulamento do ICMS, uma vez que o objeto do ajuste é a prestação de serviços de preparo de merenda escolar com o fornecimento de todos os insumos, distribuição e manutenção.

14 empresas retiraram o edital, somente 02 acudiu ao certame, o que demonstra o caráter restrito ao certame.

Os termos aditivos restaram maculados pelo princípio da acessoriedade.

Mantenho a multa, porque as irregularidades constatadas interferiram no transcurso do certame licitatório.

Voto pelo desprovimento do recurso ordinário interposto, mantendo-se na íntegra a Decisão combatida./SLD/.

² Relatora, Substituta de Conselheiro Silvia Monteiro/SEB - Sessão: 11-12-2012 - DOE 21-12-2012