



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



03-09-13

SEB

=====

62 TC-000667/002/12

Contratante: Prefeitura Municipal da Estância Turística de Avaré.

Contratada: Roca Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Autoridade que firmaram os Instrumentos: Rogério Barchetti Urrêa (Prefeito).

Objeto: Fornecimento de 5.000 cestas de natal para auxílio às famílias carentes.

Em Julgamento: Licitação – Pregão Presencial. Contrato celebrado em 18-12-09. Valor – R\$120.000,00. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga, publicada no D.O.E. de 19-09-12.

Advogados: Francisco Antonio Miranda Rodriguez, Marcelo Palavéri e outros.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **Contrato nº 641/09¹**, de 18-12-09, celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE AVARÉ** e a empresa **ROCA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, cujo objeto é o fornecimento de 5.000 cestas de Natal para auxílio a famílias carentes, requisitado pelo Fundo Social de Solidariedade do município, no valor total de R\$ 120.000,00.

1.2 O contrato foi precedido do **Pregão Presencial nº 92/09**, cuja abertura foi autorizada em 06-11-09 (fl. 06), atendido o princípio da publicidade por meio de divulgação no sítio eletrônico da Prefeitura (fl. 33) e publicação em jornal de grande circulação (fl. 35).

A sessão pública ocorreu em 18-12-09 (fls. 101/103) e contou

¹ Extrato publicado em 09-01-10 (fls. 115/116).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



com um único proponente, para o qual o objeto foi adjudicado pelo valor total de R\$ 120.000,00, conquanto o custo estimado fosse de R\$ 83.900,00 (fl. 03).

O certame foi homologado também em 18-12-09 (fl. 106).

1.3 Destaco que a presente autuação se deu em cumprimento à determinação da E. Substituta de Conselheiro CRISTIANA DE CASTRO MORAES, relatora das contas do exercício de 2009 da Prefeitura Municipal de Avaré, nos autos do TC-000203/026/09 (fls. 131/159).

Anoto, ainda, que acompanhou o mencionado relatório das contas de 2009 a denúncia apresentada pelo senhor Valdinei Muniz, apontando irregularidades na licitação em exame (TC-000884/002/10).

1.4 As partes deram-se por cientes da remessa do ajuste a este Tribunal de Contas e notificadas para acompanhar todos os atos da tramitação processual até o julgamento final e sua publicação (fl. 111).

1.5

1.6 A **Fiscalização** manifestou-se pela irregularidade da matéria, apontando que (fls. 163/169):

a) o item 8.5.10 do edital² exige licença de funcionamento expedida pela Vigilância Sanitária para fins de habilitação, em desobediência à Súmula nº 14, bem como a decisões desta Corte exaradas nos autos do TC-000844/009/09³ e do TC-029330/026/06⁴;

b) o valor da proposta vencedora é maior que o valor da cotação inicial dos produtos, em afronta ao princípio da economicidade e à decisão consignada no TC-000577/002/07⁵;

c) houve inclusão de item não previsto no edital (caixa de papelão para embalagem dos produtos) na proposta de preço⁶, irregularidade semelhante à relatada no TC-0001455/010/06⁷;

² 8.5 – Regularidade Fiscal
A documentação relativa à Regularidade Fiscal consistirá em:
(...)
8.5.10. Licença de funcionamento, expedida pela Vigilância Sanitária.

³ Segunda Câmara, em 13-03-12, relator o E. SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO SAMY WURMAN.

⁴ Primeira Câmara, em 30-08-11, relator o E. CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI.

⁵ Sentença proferida pelo E. CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA, em 17-03-09.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



d) existem divergências entre os itens especificados no edital e aqueles constantes no documento fiscal emitido pela empresa (refrigerante de 1 litro em vez de 2 litros, e lata de salsicha de 180g em vez de 300g);

e) o recebimento da mercadoria ocorreu fora do prazo (o contrato previa entrega até 21-12-09 e no verso do documento fiscal consta entrega em 23-12-09) e houve atraso no pagamento (o contrato previa pagamento até 30 dias do recebimento da nota fiscal, mas, de acordo com as ordens de pagamento, foram pagos R\$ 100.000,00 em 19-03-10 e R\$ 20.000,00 em 11-08-10).

1.6 Regularmente notificada (fls. 170/171), a **Administração** evocou o princípio da eficiência e apresentou as seguintes alegações (fls. 173/182):

a) a apresentação de licença de funcionamento, expedida pela Vigilância Sanitária para fins de habilitação, foi retirada dos editais posteriores, ainda que não seja uma exigência descabida, posto que atende à orientação da “cartilha de licitação” da ANVISA;

b) quanto à aceitação de proposta superior ao valor estimado, destacou a exiguidade de tempo e a diligência promovida pela pregoeira, que suspendeu a sessão pública para consulta de outra empresa do ramo (Gun Com. E Representação Ltda.), a qual apresentou proposta de valor ainda maior (R\$ 148.400,00);

⁶ Na proposta vencedora constou o item caixa de papelão ao preço unitário de R\$ 1,31, perfazendo o total de R\$ 6.500,00 para as 5000 cestas. A definição do objeto constante no edital é: “OBJETO: Aquisição de 5.000 (cinco mil) cestas de natal para auxílio às famílias carentes, contendo os seguintes itens:

- 01 pacote de macarrão espaguete de 01kg;
- 01 lata de molho de tomate refogado c/ 340g;
- 01 lata de seleta de legumes c/ 200g;
- 01 refrigerante de 02 litros;
- 01 frasco de óleo de soja de 900ml;
- 01 lata de salsicha c/ 300g;
- 01 vidro de maionese c/ 250g;
- 01 panetone 500g.”

⁷ Primeira Câmara, em 24-04-07, relator o E. CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



c) a inclusão do preço da caixa de papelão não constitui irregularidade, uma vez que o julgamento era por preço global e não afrontava os dispositivos editalícios⁸;

d) acerca das divergências entre os itens licitados e os constantes de nota fiscal, “não há informações nos autos acerca do descumprimento ou cumprimento irregular do contrato”, o que impossibilita a apresentação de justificativas.

1.7 A Assessoria Técnica da **ATJ** propugnou pela regularidade da matéria sob os pontos de vista econômico, financeiro e jurídico-formal (fl. 186/188), enquanto a Chefia propôs nova notificação à Prefeitura (fls. 189).

1.8 O **MPC** (fls. 190/196) opinou pela irregularidade da avença e aplicação de multa, apontando que:

a) a exigência de licença na Vigilância Sanitária deve recair apenas sobre o vencedor do certame, consoante Súmula 14, em conformidade com decisão exarada no TC-024654/026/10⁹;

b) a aceitação de preço superior ao estimado contraria o princípio da economicidade, consoante decisões constantes do TC-000577/002/07 e do Acórdão 1880/10 do TCU, e no disposto no art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, merecendo destaque, outrossim, a participação de uma única proponente para objeto comum, sem complexidade para seu fornecimento;

c) quanto à inclusão do custo da caixa de papelão, não merece acolhimento a impugnação intentada, posto que, embora não mencionado no edital, os custos de embalagem são parte integrante na elaboração da proposta de preços, devendo ser comprovada sua exequibilidade, nos termos do art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93, além do que o TC-001455/010/06, citado pela Fiscalização, diz respeito a

⁸ “7.2. Os preços deverão ser apresentados com a inclusão de todos os custos operacionais da atividade, inclusive os tributos eventualmente devidos, bem como as demais despesas diretas e indiretas, de modo a constituir a única contraprestação pela execução dos serviços objetos desta licitação.

7.2.1. Quaisquer tributos, custos e despesas diretas e indiretas, omitidos na proposta ou incorretamente cotados, serão considerados como inclusos nos preços, não sendo aceitos pleitos de acréscimo a qualquer título.”

⁹ Tribunal Pleno, sessão de 18-08-10, relator o E. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



acréscimo de serviços não previstos no objeto e não aos custos de embalagem como na situação analisada;

d) os documentos de fls. 118/122 (nota fiscal eletrônica, nota de liquidação, ordens de pagamento e comprovante de depósito) demonstram a divergência entre alguns dos itens licitados e aqueles efetivamente adquiridos.

1.9 Novamente notificada (fl. 197), a **Administração** acrescentou que exigiu licença na Vigilância Sanitária em função do objeto licitado (produtos alimentícios); que houve efetiva pesquisa de preços e que, apesar da perda econômica, houve ganho qualitativo; que o fato de existirem outras empresas do ramo e só uma ter participado do torneio não implica culpa da Administração, já que apenas seguiu os preceitos legais em todo o procedimento licitatório; e que as falhas existentes constituem irregularidades superáveis, devendo ficar restritas ao campo das recomendações (fls. 204/217).

1.10 As Unidades da **ATJ** mantiveram seu posicionamento pela regularidade da matéria (fls. 219/221).

Sem embargo, a **Chefia** opinou pela irregularidade da licitação e do contrato (fls. 222/223).

1.11 O **MPC**, por seu turno, manteve opinião pela irregularidade, com proposta de aplicação de multa, fundamentada no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 224/225).

2. VOTO

2.1 A instrução dos autos aponta para a desaprovação do certame e do ajuste por esta Corte de Contas.

Isto porque o princípio da economicidade foi afrontado por conta da aceitação de preço consideravelmente superior ao orçado, bem assim pelo recebimento de produtos em quantidades inferiores às licitadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



2.2 Das impugnações suscitadas, entendo que são passíveis de relevamento aquelas referentes ao atraso no recebimento das cestas e à inclusão do custo da embalagem.

O recebimento das cestas fora do prazo (2 dias de atraso) é passível de ser relevado, notadamente porque, ainda assim, foram entregues em tempo hábil para a celebração natalina.

Da mesma forma, deve ser relevada a inclusão do custo da caixa de papelão, uma vez que, como bem notou o DD. MPC, a embalagem é parte integrante do produto licitado, sopesando-se, ainda, o julgamento por preço global e o fato da referida inclusão não desbordar do disposto nos itens 7.2 e 7.2.1 do ato convocatório.

2.3 Também entendo que pode ser relevada a impugnação contra a licença na Vigilância Sanitária para fins de habilitação, ainda que a exigência, consignada no edital na parte relativa à regularidade fiscal, devesse constar da habilitação jurídica, com fundamento no art. 28, inciso V¹⁰, ou da qualificação técnica, com fulcro no art. 30, inciso IV, ambos da Lei nº 8.666/93¹¹.

Não obstante a Súmula 14¹² vedar a exigência de apresentação de licenças de qualquer espécie a não ser do vencedor do certame, há que ressaltar as decisões recentes dessa Corte no sentido de aceitá-las para fins de habilitação¹³. A propósito, o TC-013962/026/09, ora

¹⁰ “Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:
(...)

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. “

¹¹ “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”

¹² Súmula 14 – Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

¹³ Por exemplo, as decisões exaradas no TC-2702/008/07 (Tribunal Pleno, em 1º-12-10, relator o E. CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA), no TC-311/989/12 (Tribunal Pleno, em 11-04-12, relator o E. CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA) e no TC-1302/989/12 (Tribunal Pleno, em 19-12-12, relator o E. CONSELHEIRO DIMAS RAMALHO).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



em tramitação, trata justamente da alteração do texto da mencionada súmula, sendo examinada a proposta de que *“a aplicabilidade da Súmula nº 14 não se estenda aos requisitos mencionados nos artigos 28, V, e 30, IV, da Lei nº 8.666/93, não só por conta de uma interpretação literal das aludidas normas, mas, também, com a finalidade de se conferir maior efetividade ao procedimento licitatório, garantindo, desta forma, a celebração do contrato.”*

No caso concreto, verifico que, por força do art. 7º, VII¹⁴, c.c. art. 8º, § 1º, II¹⁵, da Lei nº 9.782/99, bem como do § 3º do art. 41¹⁶ do mesmo diploma c.c. os artigos 1º¹⁷ e 2º¹⁸ da Lei nº 6.360/76, a licença em questão é imprescindível à existência jurídica ou ao efetivo exercício da atividade pelas empresas que atuam no ramo do objeto licitado. Por

¹⁴ Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos;

¹⁵ Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

(...)

II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

¹⁶ Art. 41. O registro dos produtos de que trata a Lei nº 6.360, de 1976, e o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, poderá ser objeto de regulamentação pelo Ministério da Saúde e pela Agência visando a desburocratização e a agilidade nos procedimentos, desde que isto não implique riscos à saúde da população ou à condição de fiscalização das atividades de produção e circulação.

(...)

§ 3º As empresas sujeitas ao Decreto-Lei nº 986, de 1969, ficam, também, obrigadas a cumprir o art. 2º da Lei nº 6.360, de 1976, no que se refere à autorização de funcionamento pelo Ministério da Saúde e ao licenciamento pelos órgãos sanitários das Unidades Federativas em que se localizem.

¹⁷ Art 1º A defesa e a proteção da saúde individual ou coletiva, no tocante a alimentos, desde a sua obtenção até o seu consumo, serão reguladas em todo território nacional, pelas disposições deste Decreto-lei.

¹⁸ Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



consequente, não haveria como qualquer empresa do ramo atuar e, menos ainda, como participar do certame licitatório, sem a licença da ANVISA, o que invalida a tese de restrição decorrente de sua exigência.

2.4 Porém, não há condescendência possível para as impugnações referentes à aceitabilidade do preço e à aquisição de produtos em quantidades inferiores daquelas licitadas e ajustadas, dada a evidente afronta ao princípio da economicidade.

Mesmo notificada, a Administração não demonstrou qualquer providência quanto aos itens recebidos em quantidades inferiores às licitadas e ajustadas¹⁹. Demais, alegou não identificar o problema, muito embora tenha sido apontada pela Fiscalização a nota fiscal eletrônica nº 9655 (fl. 118) que comprova a divergência.

No tocante à aceitação do valor licitado, a diligência da pregoeira em consultar outra empresa no decorrer da sessão, a qual apresentou orçamento ainda mais elevado que o da vencedora, não obstante motivar a decisão, conforme art. 4º, inciso XI, da Lei nº 10.520/02²⁰, não é suficiente para justificar a homologação do certame e a consequente contratação por valor 43,02% acima do orçamento²¹, consoante pesquisa de preços.

Aliás, diferentemente do que alega a defesa, a pesquisa de preços não é mera formalidade, nem o valor obtido pode ser desconsiderado para aferição da aceitabilidade do preço. Pelo contrário, é da pesquisa de preços que surge a referência para que se avalie a compatibilidade com o mercado, nos termos do art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93²², e, por conseguinte, é a partir dela que se pode avaliar a economicidade e a vantagem resultantes do procedimento licitatório.

¹⁹ Foi licitado refrigerante de 2 litros e recebido de 1 litro; e foi licitada lata de salsicha de 300g e recebida de 180g.

²⁰ Art. 4º - (...)

XI – examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito de sua aceitabilidade;

²¹ Foi orçado o preço de R\$ 16,78 por cesta básica ou R\$ 83.900,00 para as 5000 cestas. O objeto foi adjudicado pelo preço de R\$ 24,00 por cesta ou R\$ 120.000,00.

²² “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Ressalto, ademais, o fator temporal apresentado para justificar a disparidade de valores. Por ocasião da prestação de contas do município para o exercício de 2009, a Administração informou que a realização da pesquisa se deu em outubro e a licitação ocorreu em dezembro, alertando que os preços costumam aumentar bastante com a proximidade do Natal (fl. 130). Já na defesa (fls. 173/182), asseverou não haver tempo hábil para realização de um novo certame até a data prevista para a entrega das cestas. Considerando as duas alegações, assim como o pagamento realizado em momentos distintos daquele previsto no edital, o que fica patente é a falta do planejamento devido pela Administração.

2.5 Finalmente, acerca do princípio da eficiência evocado, aponto lição de Diogo Figueiredo Moreira Neto, transcrita na própria defesa, para demonstrar que tal princípio não foi contemplado no procedimento em tela. Afinal, se “(...) a eficiência administrativa deve ser entendida como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”²³, no caso concreto, nem os administrados foram plenamente satisfeitos, haja vista a contratação de itens com quantidades inferiores às licitadas, nem a sociedade arcou com os menores custos, a considerar o mesmo fato e o valor ajustado, 43,02% acima do custo estimado.

2.6 Pelo exposto, julgo **irregulares** a licitação e o contrato e ilegais as despesas decorrentes.

Determino que sejam tomadas as providências previstas nos incisos XV e XXVII do art. 2º da Lei Complementar nº 709/93.

Aplico, ainda, multa ao Responsável, senhor Rogério Barchetti Urrêa, no valor de 300 (trezentas) UFESPs, com fundamento no art. 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 14ª edição, 2006, p. 107.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Determino, por fim, a remessa de cópia do acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao DD. Ministério Público estadual, para as medidas que entender cabíveis.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO