



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 21/08/13 – ITEM 14

RECURSO ORDINÁRIO

14 TC-001921/007/07

Recorrente(s): Cathita Comercialização e Distribuição de Alimentos Ltda.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal da Estância Climática de Campos do Jordão e Cathita Comercialização e Distribuição de Alimentos Ltda., objetivando o fornecimento de cestas básicas de alimentos e cestas de natal, entrega parcelada.

Responsável(is): Pedro Carlos Rodrigues (Secretário Municipal do Desenvolvimento Social), Maynard Góes (Secretário Municipal de Educação), Sussumu Paulo Takahashi (Secretário Municipal de Administração), Jorge José Neto (Secretário Municipal de Saúde), Guaraci Jorge Pallau Cardoso (Chefe de Gabinete), Martinho Alves do Santos Júnior (Procurador Geral do Município), João Costa de Oliveira (Secretário Municipal de Obras e Vias Públicas), Luiz Antônio Lencioni Zanetti (Secretário Municipal de Finanças), Benedito Pedro Honório da Silva (Secretário Municipal do Meio Ambiente), Ismael Antônio Gomes da Luz (Secretário Municipal de Serviços Públicos), Thomaz Antônio Ramos Câmara (Secretário Municipal de Planejamento), José Eduardo Mariano Carlos (Secretário Municipal de Esportes), Flávio Vasques de Oliveira Ventura (Secretário Municipal de Turismo), Omri Assaf (Secretário Municipal de Informação e Defesa do Cidadão) e Oswaldo Gomes da Silva Filho (Secretário de Agricultura e Abastecimento).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência e o contrato, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 20-05-11.

Advogado(s): José Ricardo Biazzo Simon, Cleber Vargas Barbieri e outros.

Acompanha(m): Expediente(s): TC-006832/026/13.

1. RELATÓRIO

1.1 Em sessão de 10 de maio de 2011, a Egrégia Primeira Câmara¹ —Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini—julgou irregulares a concorrência e o contrato firmado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE**

¹ Conselheiros Antonio Roque Citadini, Presidente e **Relator**, e Fulvio Julião Biazz e Substituto de Conselheiro Marcos Renato Bottcher.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



CAMPOS DE JORDÃO e CATHITA COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., objetivando fornecimento de cestas básicas de alimentos e cestas de natal, mediante entrega parcelada, no valor de R\$3.791.025,44.

Consoante a r. decisão, houve afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (subitem 8.2 do edital – recolhimento da caução).

Condenou-se também a apresentação de amostras dos produtos após a abertura das propostas como critério de adjudicação, por análise mediante critérios subjetivos, configurando forma de afastar potenciais interessados e, consequentemente, frustrar o caráter competitivo do certame.

1.2 Inconformada, a **Contratada** interpôs **recurso ordinário** (fls. 372/390) buscando anulação e reforma da decisão recorrida, aos correspondentes argumentos de que teria havido “*ofensa aos princípios da motivação, contraditório e ampla defesa, considerando que os argumentos apresentados pelo recorrente foram cabalmente desconsiderados por ocasião da prolação da sentença*”, e de que “*os atos analisados foram praticados em rigorosa conformidade com os dispositivos legais que regem a matéria*”.

Referentemente à garantia contratual, alegou que fora demonstrado “*de forma categórica que, pelas circunstâncias que cercam o caso presente, consoante precedentes desta E. Corte de Contas, o lapso consistente no não-recolhimento de garantia de execução, não seria vício apto a ensejar o julgamento pela irregularidade do ajuste, considerando que, enquanto vigente o contrato celebrado, foi este integralmente bem executado*”.

Argumentou que esta Corte de Contas, “*ao proferir a sentença guerreada, não se posicionou direta ou indiretamente acerca da possibilidade de relevação do apontamento em questão pela inocorrência de prejuízo, tendo se limitado à (sic) reafirmar a preponderância, no caso, do princípio da vinculação ao instrumento convocatório*”.

Assinalou que “*o princípio da ampla defesa não significa a mera faculdade de manifestação do interessado, mas, sobretudo, quanto à sua*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



acepção substantiva, o seu direito de ver analisadas e enfrentadas as questões postas a julgamento, de forma a obter uma decisão justa, isto é, uma decisão que decorra integralmente do processado”.

No mérito, defendeu que a decisão deveria ser reformada, pois “*a recorrente demonstrou cabalmente que, no caso dos autos, inexistiu prejuízo à Administração decorrente do lapso (tanto da Administração quanto desta recorrente) consistente no não-recolhimento da garantia de execução”.*

Disse que “*esta empresa conta com sólido alicerce no mercado de fornecimento de gêneros alimentícios, atuante neste ramo já há mais de 20 (vinte) anos ininterruptos, sempre tendo adimplido os seus compromissos assumidos tanto perante o Poder Público quanto perante os seus clientes privados”.*

Alegou, então, que como “*não houve a necessidade de execução da garantia a ser recolhida por esta empresa (...) não se pode falar na ocorrência de prejuízo”.*

Reafirmou que “*nenhum efeito decorreu do não recolhimento da garantia de execução, falha esta decorrente de lapso tanto desta empresa quanto da própria Administração”.*

Sobre o momento adequado para apresentação de amostras, “*após a fase de habilitação, anteriormente à abertura das propostas econômicas apresentadas pelas licitantes*”, postulou que nada havia de irregular. E quanto aos critérios de análise das amostras ofertadas (análise visual, sensorial e organoléptica [aspecto, cor, odor, sabor]), advogou que o edital previa critérios aceitáveis, em se tratando de alimentos.

1.3 Para a **Assessoria Técnica** (fl. 398) e **Chefia da ATJ** (fls. 399/400) seria de se conhecer do recurso, mas, no mérito, negar-lhe provimento, pois o não recolhimento da caução contratual (subitem 8.2 do edital) afrontara o princípio de vinculação ao instrumento convocatório e o estabelecimento de apresentação de amostras dos produtos após a abertura



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



das propostas, como critério de adjudicação e com utilização de critérios subjetivos, comprometeria a objetividade do julgamento.

1.4 SDG (fls. 401/403) não destoou das conclusões dos preopinantes.

Sobre a preliminar do recorrente, de não considerar os argumentos propostos em sede de defesa, afirmou ser “*absolutamente inegável, como se constata às fls. 335/354², o atendimento ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Ademais, as contrarrazões não poderiam prosperar, pois as impropriedades ora combatidas permaneciam afrontando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como restringindo o caráter competitivo do certame. Com efeito, neste segundo momento desta contenda, continua a não demonstrado o recolhimento da garantia de execução contratual (...) perdurando a ofensa ao princípio insculpido no art. 3º, caput, da Lei de Licitações*”.

Observou, ainda, que “*a recorrente afirma que o contrato foi rescindido, após três meses de vigência (fl. 320). No entanto, não trouxe aos autos, não obstante já reclamados (fl. 332), o respectivo termo de rescisão, a justificativa, a autorização, a publicação e toda a documentação atinente à execução contratual, não sendo possível, dessa forma, comprovar a existência, ou não, de eventual prejuízo à Administração. Ademais, ao não cumprir exigência imposta pelo instrumento convocatório, quando já no decorrer da execução contratual, torna-se denotativa a vantagem ao adjudicatário, o que acarreta tipificação o art. 92³ da Lei de Licitações*”.

² Referem-se à notificação e apresentação de contrarrazões da ora recorrente, Cathita Comercialização e Distribuição de Alimentos Ltda.

³ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Quanto à avaliação das amostras, assinalou-se que foram utilizados critérios subjetivos, para efeito de classificação ou desclassificação das propostas (subitem 5.12 do edital).

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



2. VOTO - PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado em 20-05-11 e o recurso tempestivamente protocolado em 06-06-11 (sexta-feira).

Satisfeitos os demais pressupostos de recorribilidade, voto pelo conhecimento do recurso ordinário.

2.2 Ainda em sede preliminar, a Recorrente pleiteou a nulidade do *decisum* ao fundamento de que os argumentos apresentados teriam sido desconsiderados.

Constatou, no entanto, que o que pretende o Recorrente, em sua irresignação, é fazer prevalecer como impositivo o seu ponto de vista sobre flagrante afronta ao princípio da vinculação ao edital, querendo fosse alçado ao campo da recomendação o que foi decretado como irregular.

Mas, a decisão colegiada, *in casu*, não considerou passível de relevação (alçar ao campo da recomendação) a irregularidade constatada, ao não acolher o argumento de que o lapso pelo não recolhimento da garantia contratual não causara prejuízo à Administração, pois adimplido o contrato. Entenderam os julgadores que seria, sim, causa para decretação de irregularidade. Portanto, rigorosamente, os argumentos da defesa foram considerados; só não o foram na forma como o recorrente pretendia que fossem.

Aliás, sobre o adimplemento contratual, a digna SDG observou que, como a contratada não trouxera a garantia da avença no prazo fixado (10 dias após a assinatura do contrato), a Administração, por este motivo, rescindira o ajuste (fl. 320)⁴. E verificou também que não foram carreados aos autos, “*não obstante já reclamados* (fl. 332), o respectivo termo de rescisão, a justificativa, a autorização, a publicação e toda a documentação atinente à execução contratual, não sendo possível, dessa forma, comprovar a existência,

⁴ (...) a contratada não trouxe a garantia contratual no prazo fixado, motivo pelo qual a administração rescindiu o referido contrato que vigorou apenas durante três meses.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



ou não, de eventual prejuízo à Administração. Ademais, ao não cumprir exigência imposta pelo instrumento convocatório, quando já no decorrer da execução contratual, torna-se denotativa a vantagem ao adjudicatário, o que acarreta tipificação o art. 92 da Lei de Licitações”.

Não prosperam, pois, as alegações da Recorrente de que teria havido ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Rejeito, pois, a prejudicial de nulidade.

3. VOTO DE MÉRITO

Na companhia das unâimes manifestações da Assessoria Técnica, Chefia da ATJ e da SDG, entendo que as razões recursais não conseguiram abalar os fundamentos da r. decisão hostilizada, que decretou a irregularidade pelo não recolhimento da garantia de execução contratual e pela adoção de critérios subjetivos na avaliação de amostras.

Não se sustentam as justificativas da Recorrente que, no seu inconformismo, a exemplo de outros julgados desta Corte de Contas por ela citados, quer remeter à dimensão de recomendação o que a r. decisão colegiada entendeu como motivo para decretação de irregularidade: não recolhimento da garantia de execução contratual.

A garantia serve para assegurar que o contratado efetivamente cumpra as obrigações assumidas, tornando possível à Administração a rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento. E o fato é que o contrato foi rescindido após três meses de vigência, como informado pela Prefeitura (fl. 320), e ainda não consta dos autos *não obstante já reclamados* (fl. 332), o respectivo termo de rescisão, a justificativa, a autorização, a publicação e toda a documentação atinente à execução contratual, não sendo possível, dessa forma, comprovar a existência, ou não, de eventual prejuízo à Administração.

Trata-se de observância de disposições normativas e contratuais, não prevalecendo a alegação utilitarista da recorrente de que como “não houve



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



a necessidade de execução da garantia a ser recolhida por esta empresa (...) não se pode falar na ocorrência de prejuízo”.

O fato é que se fez *tabula rasa* do princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Assim como também não se observou o princípio do julgamento objetivo preconizado no mesmo dispositivo normativo da mencionada lei, ao se permitir a avaliação de amostras mediante utilização de critérios subjetivos para efeito de classificação ou desclassificação das propostas. Essa a questão combatida na decretação de irregularidade pela r. decisão e cujos fundamentos não foram desconstituídos pela razões recursais ofertadas.

Diante do exposto e do que consta dos autos, acolhendo manifestações da Assessoria Técnica, Chefia de ATJ e SDG, **desprovejo o recurso** ordinário, mantendo-se o v. Acórdão combatido.

**DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO**