



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



PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO:09/04/13

58 TC-001899/007/08

Contratante: Prefeitura Municipal de Lorena.

Contratada: Nutricionale Comércio de Alimentos Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório e pela Homologação: Paulo Cesar Neme (Prefeito).

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Paulo Cesar Neme (Prefeito), Antonio José de Almeida (Secretário Municipal de Administração), Elcio Vieira (Secretário Municipal de Educação), Lorane Pemper de Faria Bustamente e Fernando de Almeida Resende (Secretários Municipais de Saúde).

Objeto: Aquisição parcelada de 15.471 cestas básicas de alimentos e produtos de higiene pessoal.

Em Julgamento: Licitação – Pregão Presencial. Contrato celebrado em 07-01-08. Valor – R\$735.491,34. Termo Aditivo celebrado em 05-09-08. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, publicada(s) no D.O.E. de 18-12-08.

Advogado(s): Marcelo Palavéri e outros.

Acompanha(m): Expediente(s): TC-028781/026/10.

Fiscalizada por: UR-7 - DSF-II.

Fiscalização atual: UR-14 - DSF-II.

1. RELATÓRIO

1.1. Em exame, o Contrato firmado, aos 07/01/2008, entre a **Prefeitura Municipal de Lorena** e a empresa **Nutricionale Comércio de Alimentos Ltda.**, no valor de R\$ R\$735.491,34, objetivando a aquisição parcelada de 15.471 cestas básicas de alimentos e produtos de higiene pessoal.

1.2. Também em análise, o Termo Aditivo nº 01, assinado em 05/09/2008, que alterou o preço da cesta básica de R\$47,54 para R\$62,84, representando um aumento de 32,18%, a título de reequilíbrio econômico-financeiro.

1.3. O Ajuste foi precedido do Pregão Presencial nº 41/07, que contou com a participação de 03 (três) proponentes.

1.4. Na instrução processual, a Unidade Regional de São José dos Campos/UR-7 concluiu pela irregularidade da matéria, em razão das seguintes falhas: ausência de demonstração da existência de estimativa trienal e declaração do ordenador da despesa; remessa intempestiva dos documentos a



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



esta Casa; inidoneidade da vencedora, cujos sócios fazem parte da empresa “Alimentar Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.”, impedida de contratar com o Poder Público, e indevida concessão de realinhamento à Contratada.

1.5. Notificada, nos termos do inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, a Origem alegou, em síntese, que:

I) os documentos anexados aos autos evidenciam a adequação orçamentária e financeira da despesa com a Lei Orçamentária Anual, o Plano Plurianual e a lei de Diretrizes Orçamentárias;

II) havia saldo suficiente para cobrir os custos da execução do objeto, conforme declaração da existência de recurso na ordem de R\$1.010.256,30;

III) o valor pactuado (R\$735.491,34) era inferior ao mínimo estipulado para remessa obrigatória ao TCE/SP; somente após a celebração do Termo Aditivo foi alcançada tal importância;

IV) a Contratada demonstrou, por meio de notas fiscais, a real necessidade do realinhamento de preços das cestas básicas, tendo sido apresentada à Municipalidade uma planilha contendo os percentuais de aumento dos produtos que as compunham;

V) a Municipalidade realizou, ainda, pesquisa de preços junto a 04 (quatro) empresas do ramo, chegando à média de R\$65,36;

VI) durante a vigência contratual, surgiu fato novo, imprevisível, que poderia ocasionar o desequilíbrio econômico do Ajuste; a celebração do Termo Aditivo, além de preservar a fórmula econômica inicialmente contratada, foi vantajosa para a Administração, não implicando em qualquer prejuízo ao erário;

VII) em que pese os sócios da “Nutricionale” sejam os mesmos da empresa “Alimentar”, as referidas empresas possuem registros diferentes de CNPJ, o que faz com que ambas possuam condições jurídicas de participar de qualquer certame licitatório, considerando que inexistem, nas Leis Regedoras da matéria, fato impeditivo nesse sentido;

VIII) a empresa “Nutricionale” foi constituída por exigência das autoridades sanitárias e fiscalizadoras, que apontaram outras empresas em diversas localidades que também possuíam em sua razão social o nome “Alimentar”;

IX) a “Nutricionale” levou ao conhecimento da Prefeitura Municipal de Lorena, e também do TCESP, diversos créditos relativos a faturamentos realizados pela empresa “Alimentar” que foram pagos através de depósitos bancários na conta pertencente à empresa “Alimentar”, estabelecida no Município de Bernardino de Campos-SP;

X) não há como sustentar que a constituição de uma nova empresa tenha como objetivo fraudar licitações, quando, na



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



verdade, visou resolver uma série de problemas causados pela existência de outras empresas com o mesmo nome;
XI) a Administração de Lorena não poderia inabilitar uma empresa apta a participar de qualquer licitação, conforme demonstraram os documentos de habilitação, e também todos aqueles que acompanharam as contra-razões de recurso apresentados pela “Nutricionale”, quando da impugnação de sua habilitação pela empresa Comercial João Afonso;

XII) em relação aos sócios da “Nutricionale” serem os mesmos da “Alimentar”, entende-se que cabe ao Poder Judiciário se manifestar acerca de uma possível existência de ato ilícito;
XIII) sanções preconizadas no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93 não podem ser aplicadas à empresa “Nutricionale” por simplesmente não existir elementos que indiquem que a mesma se encontra impedida de licitar e contratar perante os órgãos públicos.

1.6. Em manifestação conclusiva, a Assessoria Técnica, respectiva Chefia e a Secretaria-Diretoria Geral opinaram pela regularidade da Licitação e do Contrato, e pela irregularidade do Termo Aditivo, com proposta de aplicação do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, consignando, em resumo, que não foi justificado o equilíbrio econômico-financeiro levado a efeito pelo Termo Aditivo nº 01.

O Secretário-Diretor Geral sugeriu, ainda, aplicação de multa ao responsável, nos termos do inciso II do artigo 104 da Lei Complementar nº 709/93, por desrespeito ao artigo 65, II, “d”, da Lei de Licitações.

Especificamente em relação à contratação da “Nutricionale”, asseverou que, ainda que seus sócios fizessem parte da empresa “Alimentar”, impedida temporariamente de licitar/contratar junto à Prefeitura Municipal de Bauru, não o estavam perante o Executivo de Lorena.

Ressaltou que devem ser considerados os limites territoriais do Órgão Apenador, consoante decisão exarada no TC-026935/026/11 (Segunda Câmara, em sessão de 06/03/12, Relator Conselheiro Substituto Samy Wurman).

1.8. Acompanha os autos o expediente TC-028781/026/10, por meio do qual o Ministério Público do Estado de São Paulo solicita informações acerca do procedimento em questão.

É o relatório.



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





2. VOTO

2.1. Em exame, o Pregão, o Contrato e o Termo Aditivo celebrados entre a **Prefeitura Municipal de Lorena** e a empresa **Nutricionale Comércio de Alimentos Ltda.**, objetivando a aquisição parcelada de 15.471 cestas básicas de alimentos e produtos de higiene pessoal.

2.2. A questão da inidoneidade da licitante vencedora “Nutricionale” não restou superada, uma vez que seu quadro societário compõe-se dos mesmos sócios da empresa “Alimentar Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.”, que, à época, encontrava-se impedida temporariamente de licitar/contratar com a Administração, eis que declarada inidônea pela Prefeitura Municipal de Bauru.

Ressalte-se que o tema foi objeto de recente discussão nesta E. Casa, em sessão de 03/04/2013, tendo o Plenário acompanhado voto de minha relatoria, no seguinte sentido:

Alega a Recorrente, Prefeitura de Americana, que só tomou conhecimento da irregularidade em 01-04-2008, quando, nos autos do Pregão n. 04/08, a empresa Comercial João Afonso apresentou recurso administrativo indicando o impedimento de contratar com a Administração.

Penso, no entanto, que os efeitos jurídicos da declaração de inidoneidade transcorrem a partir de sua efetivação, gerando efeitos *ex nunc*, não retroagindo para atingir outros ajustes firmados anteriormente, mas alcançando todos os que foram, eventualmente, celebrados a partir da proclamação da inidoneidade.

E à fl. 38 do TC-36407/026/08 constata-se que esta **condição impeditiva vige desde 29-08-2006**, anterior, portanto às *sessões públicas para apresentação de documentos de habilitação e propostas no convite n. 33/08 (21 de fevereiro de 2008), no pregão n. 08/07 (13-03-07), no pregão eletrônico n. 51/07 (09-08-07) e no pregão eletrônico n. 56/07 (16-08-07)*. E anterior também às contratações efetivadas em 15-05-07, 24-08-07, 05-10-07 e 17-03-08.

Quanto à aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede de direito administrativo, superiormente já decidiu o Colendo STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166/BA (2002/0094265-7):



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



“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- **A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.**

- **A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.**

- Recurso a que se nega provimento.”

Reafirme-se, como já consignado no r. voto condutor da decisão, que “*as alegações de que referido impedimento não se aplica em contrações de outros entes, não deve prosperar, uma vez que se estende a todos os órgãos ou entidade da Administração Pública direta e indireta da União, Estados e Municípios, conforme os artigos 87, inciso IV, e artigo 6º, inciso XI, ambos da Lei Federal nº 8.666/93*”. Nesse mesmo sentido também a decisão no TC-1032/006/09, sessão do Tribunal Pleno, de 19-08-09, relator E. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga.

Assim como no caso debatido na última sessão do Pleno, verifica-se aqui que o Ajuste foi assinado após a declaração de inidoneidade da



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



“Alimentar”, e, ainda, que a empresa Comercial João Afonso recorreu da decisão que habilitou a “Nutricionale”, evidenciando que, ao contratá-la, a Administração tinha plena ciência da situação.

2.3. Demais disso, os elementos que instruem os autos revelam que, após a fase de lances e de negociação do Pregão, o preço unitário pactuado (R\$47,54) ficou significativamente abaixo do valor médio orçado (R\$65,30), com base em cotação efetuada pela Administração junto a 03 (três) empresas do ramo.

2.4. Tal fato, aliado à solicitação de reequilíbrio pela Contratada no mês subsequente à assinatura do Ajuste¹, leva a crer que a Nutricionale reduziu sobremaneira sua oferta, que atingiu valor inexecutável ou bem próximo a este, apenas para ganhar a licitação, já pretendendo solicitar, no início da execução, o realinhamento expressivo de 32,18%, que acabou por majorar o valor unitário da cesta básica para R\$ 62,84.

2.5. Nessa perspectiva, não há, nos autos, nenhuma prova inequívoca de que a quebra do equilíbrio econômico-financeiro decorreu de eventos excepcionais, imprevisíveis ou por força maior, de consequências incalculáveis, nos termos da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93.

2.6. Logo, também não se sustenta a alegação da necessidade de atualização dos preços ajustados em face da inesperada instabilidade de mercado, pois a própria natureza do objeto contratual, que trata substancialmente de gêneros alimentícios, encontra um mercado extremamente suscetível a variações climáticas, safra, entressafra, elevação do dólar, além da conhecida sazonalidade dos produtos e matérias primas que invariavelmente ocasionam oscilação de preços no mercado.

Sobre o tema, ensina o jurista Marçal Justen Filho que:

“O reestabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa de agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexecutável. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e,

¹ O Contrato foi assinado em 07/01/2008. Por sua vez, o realinhamento foi requisitado em 27/02/2008, e concedido, por meio do Termo Aditivo, que, embora assinado aos 05/09/2008, consignou efeitos retroativos para 03/03/2008.



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



após, vitorioso, pleiteie elevação da remuneração. Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornarem-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração. Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador era previsível e o particular não o previu. Tal como ocorre nas hipóteses de força maior, a ausência de previsão de evento previsível prejudica o particular. Cabia-lhe o dever de formular sua proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis. Presumi-se que assim tenha atuado. Logo, sua omissão acarretou prejuízos que deverão por ele ser arcados. Rigorosamente, nessa situação inexistente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Se a contratação era previsível, estava já abrangida no conceito de encargos...O evento deverá ser excepcional e imprevisível. Quando se trate de ocorrências usuais, comuns e previsíveis, não há força maior...Lembre-se que não caracteriza quebra da equação econômico-financeira quando o obstáculo podia ser suprimido através da conduta do particular. Situação similar é aquela em que haja relação de causa e efeito entre ação do particular e a concretização do evento. Somente será reconhecida força maior se a relação de causa e efeito for desconhecida ou imprevisível.” (FILHO, MARÇAL JUSTEN; COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS; 10ª EDIÇÃO; EDITORA DIALÉTICA; PÁGINAS 748/751).

2.7. Necessário ponderar, ademais, que o custo médio da cesta básica, composta por itens alimentícios, materiais de limpeza e higiene pessoal, evoluiu aproximadamente 11,30% no período de 2008, conforme dados extraídos no *site* da APAS - Associação Paulista de Supermercados, que utiliza os dados e índices o setor regularmente divulgados pelo PROCON/DIEESE, a exemplo quadro abaixo:

GRUPOS	CUSTO MÉDIO 27/12/2007	CUSTO MÉDIO 26/12/2008	VARIAÇÃO
ALIMENTAÇÃO	R\$ 210,56	R\$ 231,16	9,78%
LIMPEZA	R\$ 26,87	R\$ 31,17	16,00%
HIGIENE PESSOAL	R\$ 21,15	R\$ 25,47	20,43%
TOTAL	R\$258,58	R\$ 287,80	11,30%

Fonte: <http://www.portalapas.org.br/imagens/indices/Cestabasicadez2008.pdf>

Assim, não se mostra plausível a concessão de um reequilíbrio de 32,18%, como feito no caso em tela.



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



2.8. Registre-se haver matéria análoga condenada por esta Corte: TC-009847/026/04 e TC-009816/026/04 (negado provimento do recurso ordinário em sessão plenária de 02/04/08 – Conselheiro Relator Antonio Roque Citadini); TC-0012567/026/03 (negado provimento do recurso ordinário em sessão plenária de 29/08/06 – Conselheiro Relator Renato Martins Costa); TC-001017/008/00 (negado provimento do recurso ordinário em sessão plenária de 23/04/03 – Conselheiro Relator Renato Martins Costa); TC-006988/026/05 (negado provimento do recurso ordinário em sessão plenária de 30/07/08 – Conselheiro Relator Edgard Camargo Rodrigues); TC-013604/026/03 (negado provimento do recurso ordinário em sessão plenária de 03/02/09 – Conselheiro Relator Robson Marinho).

2.9. Evidente que os atos ora praticados vão de encontro aos princípios da isonomia, da eficiência, da moralidade e da economicidade preconizados no *caput* e inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, bem como nos artigos 3º e 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/93.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua que:

O princípio da eficiência “apresenta, na realidade dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços públicos.”

O princípio da moralidade “exige da administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante o moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade”.

(DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA; DIREITO ADMINISTRATIVO; 13ª EDIÇÃO; EDITORA ATLAS; PÁGINAS 83 E 298).

2.10. A rigor, considerando a afronta às normas constitucionais e legais, impõe-se a aplicação de multa ao agente público responsável pela contratação, nos termos do inciso II do artigo 104 da Lei Orgânica deste Tribunal, em valor correspondente a 500 (quinhentas) UFESPs, que se revela apropriado ao caso concreto, considerando o porte do Município, a gravidade das impropriedades praticadas e a importância envolvida.



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



2.11. Diante do exposto, compartilhando a manifestação desfavorável lançada pelo Órgão de Fiscalização desta Corte, **VOTO** pela **Irregularidade** do **Pregão**, do respectivo **Contrato** e do **Termo Aditivo nº 01**, com o consequente acionamento do disposto nos **incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº. 709/93**, concedendo ao Exmo. Prefeito Municipal de Lorena o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, para que informe esta Corte acerca das providências adotadas em face das falhas constatadas.

VOTO, ainda, pela aplicação de multa de **500 (quinhentas) UFESPs** ao **Sr. Paulo César Neme – então Prefeito Municipal de Lorena**, autoridade responsável que homologou a licitação e assinou o Contrato, o Termo Aditivo nº 01 e o Termo de Ciência e Notificação de fls.643, nos termos do **artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº. 709/93**, por violação **ao caput e inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, assim como dos artigos 3º e 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº. 8.666/93**, fixando-lhe o prazo máximo de **30 (trinta) dias** para atendimento.

Por fim, determino envio de cópia da presente Decisão ao Ministério Público para adoção das medidas de sua alçada.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO