

Processos nº:	TC-9067.989.23-6 e TC-9227.989.23-3
Contratante:	Prefeitura Municipal de Boituva
Contratada:	Servbrasil Soluções em Alimentação, Limpeza e Lavanderia Ltda.
Objeto:	Execução de serviços contínuos de fornecimento de alimentação escolar, kit lanche, incluindo pré-preparo, preparo e distribuição da merenda, com fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos necessários, logística, supervisão, manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e utensílios utilizados e limpeza e conservação das áreas abrangidas, para atender ao programa de alimentação escolar das unidades educacionais, creches e entidades conveniadas de responsabilidade do município de Boituva.
Em exame:	Dispensa de licitação 25/2022 e Contrato LC 217/2022; e Acompanhamento de execução contratual.

RELATÓRIO.

Trata-se de análise da Dispensa de Licitação 25/2022 e Contrato LC 217/2022, firmado entre a Prefeitura Municipal de Boituva e a empresa Servbrasil Soluções em Alimentação, Limpeza e Lavanderia Ltda., objetivando a execução de serviços contínuos de fornecimento de alimentação escolar, kit lanche, incluindo pré-preparo, preparo e distribuição da merenda, com fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos necessários, logística, supervisão, manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e utensílios utilizados e limpeza e conservação das áreas abrangidas, para atender ao programa de alimentação escolar das unidades educacionais, creches e entidades conveniadas de responsabilidade do município de Boituva, com prazo de execução de 180 dias ou até que se conclua o novo certame e valor estimado de R\$ 7.611.030,00.

No curso da instrução dos autos, a Fiscalização apontou o seguinte achado de auditoria relativo à matéria examinada (TC-9067.989.23-6, evento 26.4):

a) Justificativas insuficientes para a dispensa de licitação; situação de emergência não evidenciada/caracterizada.



Tramita em conjunto o processo de acompanhamento da execução contratual, no qual a Fiscalização verificou as seguintes falhas (TC-9227.989.23-3, evento 16.24):

- a) Ausência de formalização da rescisão contratual;
- b) Não verificada a emissão do Termo de Recebimento Definitivo;
- c) Medição de serviços realizados em período anterior à vigência contratual, em potencial prejuízo aos cofres públicos no importe de R\$ 36.005,27.

Oportunizado o contraditório e a ampla defesa, o sr. Edson José Marcusso, Prefeito Municipal, em peça subscrita por seus advogados, juntou aos autos justificativas e documentos (TC-9067.989.23-6, evento 59 e TC-9227.989.23-3, evento 49).

Por oportuno, eis o resumo dos processos relacionados e as situações atuais:

Processo TC	Tipo	Posição Fiscalização	Parecer MPC	Situação atual
9067.989.23-6	Dispensa e contrato	Com apontamentos (ev.26.4)	Irregularidade (este evento)	Em trâmite (MPC)
9227.989.23-3	Execução contratual	Com apontamento (ev.16.24)	Irregularidade (este evento)	Em trâmite (MPC)

Vêm os autos ao Ministério Público de Contas para sua atuação como fiscal da ordem jurídica.

É o relatório.

MÉRITO.

A Fiscalização apontou que as justificativas apresentadas pela Prefeitura indicam como motivação para a contratação direta a suspensão do Pregão Eletrônico 35/2021 por determinação deste Tribunal de Contas¹.

Conforme verificado, a contratação anterior para o mesmo objeto teve seu prazo de vigência expirado em 13/11/2022, tendo a Prefeitura reservado apenas 39 dias para o trâmite completo da fase externa da competição administrativa, conclusão da disputa, formalização do ajuste e implantação dos serviços contratados.

Assim, a Fiscalização concluiu que restou evidenciada falha no planejamento por parte da própria Administração, não havendo que se falar em situação de emergência que pudesse justificar a dispensa de licitação (TC-9067.989.23-6, evento 26.4).

¹ TC-20301.989.22-4 – Evento 12.1.



No exercício do contraditório, o responsável argumentou que restou comprovado que havia situação emergencial, considerando que o objeto é de fundamental importância e de fornecimento contínuo e que houve suspensão do Pregão Eletrônico 35/2021.

Alegou que a emergência reclamava solução imediata e que houve atendimento aos limites estabelecidos na Lei de Licitações (TC-9067.989.23-6, evento 59, fls. 02/05).

Para o MPC, assiste razão à Fiscalização.

Diante dos fatos, o caso concreto nada mais é que a materialização do que na doutrina se conhece por “emergência fabricada”.

Em suma, a emergência fabricada ocorre em casos em que a situação emergencial decorre de ação ou omissão, dolosa ou culposa, do próprio gestor.

Nesse sentido é o ensinamento de Marçal Justen Filho² (2016, p. 479):

“Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada “emergência fabricada”, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tenha sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência)”.

No caso em tela, a responsabilidade do gestor público se verifica pelo prazo exíguo de apenas 39 dias para o trâmite completo da fase externa da competição administrativa, conclusão da disputa, formalização do ajuste e implantação dos serviços contratados.

Considerando que a própria defesa tem conhecimento da importância da alimentação escolar³ para o desenvolvimento do aprendizado dos alunos, seria prudente que fosse reservado um prazo maior para a conclusão da licitação, justamente para evitar a necessidade de uma dispensa de licitação.

É preciso lembrar, ainda, que a suspensão do Pregão Eletrônico 35/2021, no âmbito do TC-20301.989.22-4, se deu pela apresentação de duas representações que visavam provocar este Tribunal de Contas à abertura de exame prévio de edital, porquanto apontaram uma série de falhas da própria Prefeitura de Boituva na confecção do edital, sendo que a própria

² Justen Filho, Marçal Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³ “É preciso pontuar que a alimentação escolar contribui para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de práticas alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricionais e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo.” (TC-9067.989.23-6, evento 59, fls. 02).



administração reconheceu boa parte de tais erros e se propôs a corrigi-los antes mesmo da sentença deste Tribunal de Contas sobre a matéria:

“Superados os pontos que não se mostraram incompatíveis com a legislação de regência, passo ao exame das demais objeções levantadas, boa parte admitida pela Administração.

Há consenso quanto à existência das seguintes impropriedades: redação do preâmbulo por indicar a incidência de Decreto Federal revogado; referência a mais de um critério de julgamento; cobrança de reconhecimento de firma do instrumento de mandato; forma de apresentação de documentos para a modalidade do pregão eletrônico; documentação de microempresas e empresas de pequeno porte em desacordo com a Lei Complementar nº 123/06; regras dúbias de apresentação de amostras por ocasião da execução contratual; competência indevida do pregoeiro para admissibilidade e/ou julgamento de recursos; e conflito nas regras de multas, sanções e condições de pagamento.

No ensejo das correções assentidas pelo Poder Público, há de superar eventual desencontro entre as disposições relacionadas ao período de vigência contratual e o tempo de efetivo cumprimento da obrigação à vista do ano letivo, sem prejuízo de se conferir maior clareza na composição dos custos estimados da despesa, seja para indicar a parcela correspondente aos produtos de origem da Agricultura Familiar, seja para determinar todos os materiais de limpeza necessários à execução do contrato.

Ante o exposto, acolho a unanimidade da Instrução e VOTO pela procedência parcial das impugnações deduzidas por Bruno César Octávio Caparelli e Especialy Terceirização EIRELI, ordenando que a Prefeitura Municipal de Boituva evidencie todos os elementos do orçamento da despesa mediante a inclusão dos custos efetivos da execução contratual, sem prejuízo de promover as alterações dos aspectos expressamente impugnados, conforme compromisso assumido na defesa e explicitado no corpo do Voto.” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-20301.989.22-4, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 09/11/2022)

Logo, a escolha dos prazos da licitação e a elaboração do edital são temas que envolvem a discricionariedade da administração (considerando as exigências legais), de modo que as falhas nestes dois quesitos acabaram por gerar a situação emergencial que consequentemente justificou as dispensas de licitação.

Com relação à execução contratual, a Fiscalização apontou que não houve formalização da rescisão contratual e do termo de recebimento definitivo.

Constatou, ainda, que houve medição de serviços realizados em período anterior à vigência contratual, em potencial prejuízo aos cofres públicos no importe de R\$ 36.005,27 (TC-9227.989.23-3, evento 16.24).

No exercício do contraditório, o responsável reconheceu que não houve formalização da rescisão contratual e do termo de recebimento definitivo, mas argumentou que se tratava de aspecto meramente formal.

Reconheceu, ainda, que houve, de fato, uma falha na medição do mês de novembro, que ocasionou a diferença de R\$ 36.005,27 apontada pela Fiscalização.



Alegou que a empresa contratada reconheceu a dívida, através da assinatura de termo de confissão de dívida⁴, e que será solicitado abertura de sindicância para apurar as responsabilidades (TC-9227.989.23-3, evento 49.1, fls. 05/07).

Com relação à medição incorreta, este MPC entende que o apontamento pode ser excepcionalmente relevado, eis que já foi formalizado o termo de confissão de dívida.

Assim, deve a Fiscalização acompanhar o pagamento de tais parcelas, bem como o deslinde da sindicância aberta para apurar as responsabilidades.

Todavia, a ausência de formalização da rescisão contratual e do termo de recebimento definitivo são falhas que comprometem o acompanhamento da execução contratual.

Tais falhas violam o art. 79, §1º, da Lei 8.666/1993⁵ e art. 107, das Instruções TCE-SP 01/2020⁶, respectivamente.

CONCLUSÃO.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, opina pela **irregularidade** da licitação, do contrato e da execução contratual, com aplicação de **multa** aos responsáveis, nos termos do art. 104, inc. II, da Lei Complementar Estadual 709/1993⁷.

⁴ TC-9227.989.23-3, evento 49.4

⁵ Lei 8.666/1993, art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

⁶ Instruções TCE-SP 01/2020, art. 107 – Os órgãos e entidades deverão comunicar o término das obras, serviços e/ou fornecimentos, decorrentes dos contratos ou atos jurídicos análogos em exame neste Tribunal, nos termos do art. 73 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por meio dos seguintes documentos, quando for o caso:

I - termo circunstanciado de recebimento definitivo, com indicação expressa da existência ou não de pendências, reajustamentos ou acertos de qualquer natureza;

II - comunicação da contratada quanto ao término das obras ou serviços;

III - comprovante de devolução da garantia de execução contratual; e

IV - declaração da autoridade pública responsável pelas obras, serviços e/ou fornecimentos, contendo informações sobre:

a) cumprimento dos prazos previstos;

b) existência de multas contratuais, devendo, em caso afirmativo, vir acompanhada de cópia do comprovante de recolhimento;

c) manifestação sobre a quantidade, qualidade, periodicidade, conformidade e perfeição das obras, serviços e/ou fornecimentos executados; e

d) na hipótese de não restarem quaisquer pendências, reajustamentos ou acertos de qualquer natureza, indicação expressa de que o contrato ou ato jurídico análogo foi integralmente cumprido.

Parágrafo único – Os termos de recebimento definitivo serão encaminhados pelos jurisdicionados no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis da sua emissão, acompanhados dos documentos elencados nos incisos I a IV do presente artigo, devendo ser autuados nos termos do art. 103.

⁷ LCE 709/1993, art. 104. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 2.000 (duas mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP) ou outro valor unitário que venha a substituí-la, aos responsáveis por:

II - ato praticado com infração à norma legal ou regulamentar;



Por fim, considerando as disposições da Deliberação SEI 009059/2022-87⁸, registre-se **não** se tratar de multa-ressarcitória⁹. Deste modo, os valores decorrentes da multa a ser aplicada irão compor o **Fundo Especial de Despesa** vinculado à Unidade de Despesa - Tribunal de Contas, conforme Lei Estadual 11.077/2002¹⁰. Por consequência, destinando-se a fundo estadual, os recursos eventualmente cobrados pela via judicial deverão ser executados pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

É o parecer.

São Paulo, 20 de julho de 2023.
RAFAEL NEUBERN DEMARCHI COSTA
Procurador do Ministério Público de Contas

/MPC-60

⁸ Publicada no Diário Oficial do Estado de 03/12/2022, p.10.

⁹ Fosse multa-ressarcitória – o que não é o caso dos autos, frise-se – o débito haveria de ser cobrado e recolhido pelo próprio ente que sofrera o prejuízo ao seu erário, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal na tese 642 de repercussão geral (“O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”). Como se vê, não é o caso dos autos.

¹⁰ Lei Estadual 11.077/2002, art. 3º. Constituem receitas do Fundo:

II - arrecadação de multas, indenizações e restituições.

