TC nº 72-000.653.04-22

2º JULGADO

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular a concorrência, não acolheu o contrato e aplicou multa. Fornecimento de bilhetes de passe. SPTrans. Art. 1º, parágrafo único, Lei 8.666/93. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

1º JULGADO

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SPTrans. Fornecimento de bilhetes de passe. Ausência de formalização de processo administrativo. IRREGULARES. MULTA. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

TCs citados: 72.0003.916.03-65, 72.003.711.03-52.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Edson Simões.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos, por atenderem às condições de legitimidade, interesse e tempestividade.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos do Conselheiro Edson Simões – Relator e do Conselheiro Presidente Roberto Braguim, em negar-lhes provimento, mantendo, na íntegra, o V. Acórdão recorrido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro Maurício Faria – Revisor "ad hoc", que, consoante declaração de voto apresentada, deu provimento aos recursos.

Participaram do julgamento o Conselheiro Maurício Faria – Revisor "ad hoc" e o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, para efeito de "quorum", nos termos do artigo 154 do Regimento Interno desta Corte.

Ausentes os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Antonio Carlos Caruso, em representação da Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de julho de 2009.

Roberto Braguim – Presidente, com voto.

Edson Simões – Relator.

RELATÓRIO

Nesta fase, estão em julgamento os recursos interpostos pela São Paulo Transporte S.A e por Gerson Luis Bittencourt, visando à reforma parcial do Acórdão que julgou irregular a Concorrência nº 16/2003, por ausência de formalização de processo administrativo, em desobediência ao que dispõe o artigo 38 da Lei Federal 8.666/93 e, por conseguinte, não acolheu o Contrato nº 2003/117, dela decorrente, razão pela qual aplicou multa ao responsável que, reiteradamente, praticava essa conduta irregular. Entretanto, os efeitos financeiros do ajuste foram aceitos pelo Órgão Colegiado, por maioria de votos.

Assim, o primeiro recurso, sustentando que o referido dispositivo legal tido por violado, permitiria uma margem de discricionariedade para o Administrador escolher a forma de autuação de seus processos, baseado em norma interna hoje não mais vigente, pretende sejam considerados regulares o procedimento licitatório e o ajuste dele proveniente e, alternativamente, seja relevada a irregularidade formal (folhas 245/252).

Quanto ao segundo, defendendo que o mandamento legal acerca da formalização do processo administrativo seria dirigido apenas à Administração Pública Direta, almeja não só ver os atos serem reputados regulares, mas também o afastamento da aplicação da penalidade de multa, diante da ausência de *'prejuízo ao Erário e de má-fé'* (folhas 258/264).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento de ambos os recursos, por presentes as condições de admissibilidade e, quanto ao mérito, pela sua improcedência, diante da expressa disposição contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.666/93, quanto à subordinação ao regime dessa Lei, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, restando incabíveis as razões expostas pelos Recorrentes (folhas 268/272).

A Assessora Subchefe da Área Jurídica acompanhou a manifestação expendida pelo pré-opinante, por não se tratar de falha meramente

formal, posto que o processo de contratação, devidamente autuado, constitui garantia do Administrado de cumprimento da lei, além de ser indispensável para o exercício do adequado controle interno e externo, não só pelos Tribunais de Contas, mas também por qualquer cidadão interessado.

Todavia, observou que, posteriormente, a Origem acatou a determinação desta Corte para alterar a conduta e está cumprindo a obrigação legal de proceder à abertura de processo administrativo para licitação, mediante devida autuação, o que permitiria que essa falta, não obstante sua gravidade, fosse relevada para fins de acolhimento da licitação e do ajuste dela decorrente, sem prejuízo da responsabilização dos agentes públicos envolvidos, tal como feito pelo Acórdão ora recorrido (folhas 274/275).

Esse entendimento foi endossado pelo Assessor Jurídico Chefe, que opinou no sentido da relevação da falha formal e do provimento do recurso da SPTrans, para o fim de ser acolhida a licitação e o contrato que dela se originou (folha 276).

Ao manifestar-se, a Procuradoria da Fazenda Municipal alegou que a falta de observância da legislação de regência sobre a formalização dos autos, não seria suficiente para atribuir irregularidade ao procedimento licitatório e ao contrato, concluindo pelo conhecimento e provimento do recurso, nos moldes expostos pela Área Jurídica (folhas 278/279).

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento dos recursos, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade exigidos no artigo 140 do Regimento Interno deste Tribunal. No mérito, apontou ser a atuação do devido processo administrativo formalidade essencial e sua inobservância, por si só, poderia macular todo o procedimento. No entanto, ponderou que os ajustes em tela são datados de 2003, portanto, anteriores ao Comunicado da Presidência nº 035/04, da SPTRANS, que acatou sugestão desta Casa para modificar a forma de autuação de seus processos administrativos, a partir de 03/05/04.

Nessa linha de raciocínio, opinou pelo provimento dos recursos interpostos para que sejam declarados regulares os ajustes em tela, deixando ao critério do Relator o afastamento da penalidade aplicada ao agente público responsável (folhas 281/284).

É o relatório.

VOTO

Considerando os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir quanto à análise da admissibilidade, conheço dos recursos por atenderem às condições de legitimidade, interesse e tempestividade.

No mérito, as razões invocadas pelos Recorrentes, alegando que a SPTrans não estaria subordinada ao artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, quanto à obrigatoriedade de autuação devida do processo administrativo, ou ainda, tal comando concederia uma margem de discricionariedade para os entes da Administração Indireta estabelecerem normas internas quanto à forma de formalização do processo, afrontam o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.666/93, que dispõe:

> *'Parágrafo único – Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios'.*

Além desse dispositivo legal estabelecer, expressamente, que as sociedades de economia mista, a exemplo da natureza jurídica da Origem, se submetem à Lei 8.666/93 em sua integralidade, a Constituição Federal não deixa qualquer brecha para a exegese formulada pelos Recorrentes, uma vez que determina, no artigo 37 "caput", que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios que menciona, destacando-se aqui o da legalidade.

Assim, pretendendo-se revolver as questões sobejamente apreciadas quando do julgamento do procedimento licitatório e do contrato em foco, sem qualquer fundamento ou fato novo que possibilite a modificação da decisão, NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS, mantendo-se, na íntegra, o Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Declaração de VOTO apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria

Na esteira dos argumentos lançados em meu voto na oportunidade do julgamento da concorrência 016/2003 e do Contrato 2003/117, bem como do quanto apontado pelo Sr. Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo e pela Secretaria Geral, especialmente em relação ao destaque lançado no sentido de que o presente processamento ocorreu em data anterior (2003) ao Comunicado da Presidência nº 035/04, da SPTrans, que acatou diretriz desta Corte para modificar a forma de autuação de seus processos administrativos, conheço dos recursos apresentados, e, no mérito, voto pelos seus provimentos.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.260ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Votaram, naquela sessão, os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com a declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, bem assim pelo voto do Conselheiro Edson Simões, apresentado em separado, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito desempate, nos termos do artigo 26, inciso II, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular a Concorrência 016/2003 e, por via de conseqüência, o Contrato 2003/117, dela decorrente, aplicar a multa de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais) ao responsável identificado às fls. 165 e 167 dos autos, de acordo com o artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, sobretudo pela prática reiterada da conduta irregular, qual seja, a ausência de formalização de processo administrativo, em desobediência ao que dispõe o artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, e em determinar: a) à Origem que, doravante, observe a legislação em vigor, evitando a falha verificada; b) à Secretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal que, em face do vulto da avença sob análise, proceda ao acompanhamento da execução contratual.

Vencidos os Conselheiros Maurício Faria – Relator, nos termos de seu relatório e voto apresentados, e Eurípedes Sales, que julgaram regulares o referido procedimento licitatório e o contrato dele decorrente, relevando a falha verificada, pela inexistência de prejuízo ao Erário.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelo voto do Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, constante de sua declaração apresentada, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, para efeito de desempate, nos mencionados termos, em aceitar os efeitos financeiros do ajuste, para preservar o princípio da estabilidade das relações jurídicas já consumadas. Vencido, neste particular, o Conselheiro Edson Simões, que, nos termos do voto apresentado em separado, não aceitou referidos efeitos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de abril de 2006.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Roberto Braguim – Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata o presente de análise da licitação na modalidade Concorrência 016/2003 e do Contrato 2003/117, celebrado entre a SPTrans e a American Banknote Ltda., para o fornecimento de 800.000 milheiros de bilhetes de passe, em diferentes tipos e modelos.

Em análise ao procedimento licitatório e respectivo contrato, a antiga Divisão Técnica V concluiu pela regularidade de ambos, apontando a ausência de autuação de processo administrativo, em descumprimento ao artigo 38 da Lei Federal 8.666/93.

Instada a manifestar-se, a Assessoria Jurídica de Controle Externo solicitou a intimação da Origem, para esclarecer o fato apontado pela Auditoria.

A Origem esclareceu que o processo administrativo foi formalizado de acordo com as normas internas vigentes, não havendo motivo para a repreensão de sua conduta apenas porque a forma de autuar o processo não é compatível com o procedimento do Tribunal de Contas do Município.

A AJCE, acompanhando a manifestação precedente, opinou pela relevação da anomalia apontada pela Auditoria, pela inaptidão da mesma para macular o ajuste, somada à ausência de suspeita de ação dolosa ou de má-fé pelos agentes públicos responsáveis.

O Órgão Fazendário manifestou-se pela regularidade da licitação e do contrato em exame, sem prejuízo das recomendações julgadas pertinentes pelos nobres julgadores.

É o relatório.

VOTO

A contratação ora em análise foi precedida de procedimento licitatório, na modalidade concorrência, em consonância com a legislação vigente. O contrato dela decorrente também foi celebrado em conformidade com as disposições legais, exceto no que toca à autuação do processo administrativo.

Sobre a ausência de formalização do processo administrativo, tal como determinado pelo artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, esta

relatoria teve a oportunidade de expor amplamente seu entendimento quanto à necessidade da adequada formalização, em voto proferido nos autos do TC 3.711.03-52, destacando que a ausência de processo administrativo não deve ensejar, necessariamente, o julgamento como irregular da licitação e dos respectivos contratos.

Há que se considerar, ainda, a informação e os documentos apresentados pela Origem, que comprovam que a SPTrans buscou solucionar esta questão pela edição de regulamento interno, definindo detalhadamente os procedimentos para formalização dos processos administrativos de contratação.

Frente ao exposto, relevo a falha verificada, dada a inexistência de prejuízo ao Erário, para julgar regular a Concorrência 016/2003 e do Contrato 2003/117.

Declaração de VOTO proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim

A questão suscitada no presente processo, na análise da contratação levada a efeito pela SPTrans, decorrente da Concorrência 16/2003, diz respeito à falta da autuação do processo administrativo próprio, em afronta ao disposto no artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, combinado com o artigo 2º do Decreto Municipal 41.772/02, vigente à época. A irregularidade perpetrada não é nova, já tendo sido objeto de apreciação por este Colegiado, no TC 3.916.03-65.

Naquela oportunidade, a decisão proferida, lastreada, de resto, em voto deste Conselheiro, foi no sentido da irregularidade do procedimento, por infringência aos dispositivos legais já informados.

Assim, coerente com o entendimento por mim esposado, não posso dar acolhida à contratação ora em exame, uma vez que a irregularidade apontada diz respeito a formalidade essencial do processo licitatório, garantindo a lisura e a transparência do certame.

Por sua vez, como ressaltado pela AJCE, as alegações e justificativas da Origem não lograram evidenciar o cumprimento das normas legais de regência. Ao revés, a empresa admitiu a ocorrência da falha, ao expedir o Comunicado da Presidência, noticiado às fls. 187/192, normatizando a autuação e processamento dos processos de licitações e contratos no ambiente da SPTrans, em atendimento à recomendação deste Tribunal.

Sobre a matéria, permito-me invocar a lição do sempre festejado e saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles quando, ao tratar da legalidade objetiva no processo administrativo, assim preleciona:

'Legalidade Objetiva: o princípio da legalidade objetiva exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Daí sustentar Giannini que o processo, como recurso administrativo, ao mesmo tempo em que ampara o particular, serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando a manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração. Todo processo administrativo há que embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade' (in Direito Administrativo Brasileiro, página 646, 26ª edição).

Pelo exposto, julgo irregular o procedimento licitatório e, por via de conseqüência, o Contrato dele decorrente e, de acordo com o artigo 52, inciso II, da Lei 9.167/80, c/c com o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, aplico a pena de multa de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais) ao responsável identificado às fls. 165 e 167, sobretudo pela prática reiterada da conduta irregular.

Todavia, para preservar o princípio da estabilidade das relações jurídicas já consumadas, aceito os efeitos financeiros do ajuste.

Determino, ademais, à Origem que, doravante, observe a legislação em vigor, evitando falha como a aqui apontada, visando à preservação do interesse público e ao cumprimento de suas obrigações legais e regulamentares.

Por derradeiro, em face do vulto da avença sob análise, determino o acompanhamento da execução contratual.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho o voto do Revisor deixando, todavia, de aceitar os efeitos financeiros produzidos, por ser a Origem REINCIDENTE no descumprimento do disposto no artigo 38 da Lei Federal número 8.666/93, que determina a abertura do processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado, irregularidade essa que se verificou tanto no TC número 3.916.03-65, já julgado, como no presente caso.

VOTO de desempate proferido pelo Presidente Antonio Carlos Caruso

Cuida-se no processado do exame do Contrato 2003/117, firmado pela SPTrans e AMERICAN BANKNOTE LTDA., tendo por objeto o fornecimento de passes.

O Nobre Conselheiro Relator Maurício Faria acolheu o instrumento em apreço, entendendo relevável a falha apontada no procedimento licitatório, qual seja, não-formalização de processo administrativo, como determina o artigo 38 da Lei Federal de Licitações.

Muito embora, salienta o I. Julgador, ser necessária tal formalização, conforme anteriormente por ele exposto no TC 3.711.03-52.

Julgou, pois, regulares a Concorrência 16/2003 e o contrato em julgamento.

Acompanhou-o o I. Conselheiro Eurípedes Sales.

O Nobre Conselheiro Revisor Roberto Braguim, em contrapartida, invocando apreciação anterior do Colegiado no TC 3.916.03-65, votou pela irregularidade do procedimento licitatório e, por via de conseqüência, do ajuste em foco, posto que o apontado nos autos (não-autuação de processo) diz respeito a formalidade essencial, garantidora da lisura e transparência do certame.

Não obstante, aceitou os efeitos financeiros produzidos para preservar o princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Aplicou a multa ao responsável, fez determinação à SPTrans e, em face do vulto da avença, prescreveu o acompanhamento da execução contratual.

Sem aceitação dos efeitos financeiros, acompanhou-o, no mais, o I. Conselheiro Edson Simões.

Estes os posicionamentos dos I. Julgadores.

VOTO

Filio-me à corrente integrada pelos Nobres Conselheiros Roberto Braguim e Edson Simões.

Pelas razões contidas no voto do Conselheiro Roberto Braguim, julgo irregulares a concorrência e o contrato dela originado, assim como, dentro dessa mesma corrente, aceito os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste em tela.

Igualmente, acompanho-a em seus corolários, aplicação de pena de multa e determinações.

A SPTrans, diga-se, é, de há muito, reincidente na irregularidade apontada, recusando-se, sempre, a autuar os processos

administrativos que cuidam de licitações e contratos, como manda a legislação regedora da matéria.

Assim, dentre os princípios que sujeitam o processo administrativo – cinco, consoante Hely Lopes Meirelles na obra citada pelo Conselheiro Roberto Braguim –, figura o princípio do informalismo, dispensando-se ritos sacramentais e formas rígidas.

Todavia, como nos ensina, ainda hoje, o mencionado Mestre, *'quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes'.*

Ora, a Lei 8.666/93 impõe a formalidade da autuação do processo, protocolado e numerado, ao qual devem ser anexados os documentos e atos enumerados no seu artigo 38.

E autuação do processo significa: autos em que há numeração de páginas, anexação de documentos em ordem cronológica e seguimento de ritos e fases conforme determina a lei, o que, como se viu, não foi respeitado pela SPTrans.

Estas as considerações que entendi cabíveis acrescentar e que me levaram a perfilhar a corrente dos Nobres Conselheiros Roberto Braguim e Edson Simões.