TC nº 72-001.502.11-01

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. CET. Serviços de gerenciamento do abastecimento de combustíveis de veículos. Litispendência. Art. 267, V, CPC. NÃO CONHECIDA. EXTINTA. Votação unânime.

Relatório e Voto englobado TC: 72.000.652.11-99

2.588ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 18.01.2012.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.000.652.11-99, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não conhecer da representação, considerando-a extinta sem julgamento do mérito, em face da ocorrência de litispendência, nos termos do inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil, tendo em vista representação já formulada no processo TC 72.000.652.11-99.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o envio de cópia do Acórdão à representante e à representada, arquivando-se, na sequência, os presentes os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de novembro de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente.

ROBERTO BRAGUIM
Relator.

RELATÓRIO

Trata-se do exame englobado de dois processos, ambos cuidando de Representações formuladas por ABCOM – Associação Brasileira das Distribuidoras dos Combustíveis em face do Pregão nº 04/11, deflagrado pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada para o fornecimento e administração de cartões magnéticos ou microprocessados para a aquisição de combustíveis em rede credenciada de postos.

No TC n.º 72-000.652.11-99 (Item I) a Representante alegou, em 02 de março de 2011, o quanto segue:

1) que a cumulação de objetos de naturezas diferentes (prestação de serviços com distribuição de cartão magnético ou microprocessado e distribuição e venda de combustível) restringia o Certame, porque afastava a participação de interessados que atuassem em apenas um dos seguimentos;

2) a restrição do item "1" levava à aquisição de combustíveis pelo preço praticado ao alvedrio dos postos de gasolina;

3) a burla ao dever de licitar a aquisição de combustíveis e a possibilidade de o gerenciador estabelecer qualquer preço nas bombas dos postos credenciados;

4) a impossibilidade jurídica da modalidade licitatória pelo Pregão, que não poderia envolver aspectos técnicos;

5) as empresas operadoras de cartões magnéticos ou microprocessados não estavam autorizadas pela Agência Nacional do Petróleo – ANP a realizar atividades de comercialização e de distribuição de combustíveis, de modo que o Edital teria ferido os princípios da isonomia, legalidade, livre concorrência e o da busca da melhor oferta.

Requereu, assim, a Representante, fosse julgado procedente o exame prévio do Edital, determinando-se a suspensão imediata do Certame e, no mérito, que fosse decretada a nulidade do Edital e do Pregão.

Convocada a se manifestar, a Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo entendeu que a resposta oferecida pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, em documento trazido pela Representante, quanto ao fato de as empresas operadoras de cartão magnético ou microprocessado não estarem autorizadas a realizar atividades de comercialização e distribuição de combustíveis, justificava a necessidade de colher-se manifestação preliminar da Empresa. Aduziu, ainda, que merecia registro o critério a ser adotado para os preços dos combustíveis nos postos credenciados, uma vez que os proprietários tinham liberdade para praticar o preço que desejassem, sem qualquer ingerência do fornecedor. Sugeriu, então, *"ad cautelam"*, a suspensão do Certame e a oitiva da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET.

Com base nessas considerações e em face dos indícios de ocorrência de irregularidades e ilegalidades no Edital, determinei a suspensão cautelar da Licitação, com fulcro nos artigos 113, § 2º da Lei n.º 8.666/93; 19, VII e VIII da Lei Municipal n.º 9.167/80 e 101, § 1º, alínea "d", do Regimento Interno deste Tribunal e determinei a intimação do Sr. Marcelo Cardinale Branco, Presidente da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e da Sra. Pregoeira para apresentarem as justificativas necessárias, na forma do despacho de fls. 52/54.

De sua parte, a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET contestou os argumentos do Representante, aduzindo que:

1) o objeto do Pregão era a contratação de serviços de gerenciamento do abastecimento de veículos da frota com a utilização de cartão de pagamento e não o fornecimento de combustíveis e que tal serviço possuía diversos valores agregados, sendo o combustível, um deles;

2) alterou o subitem 5.1.4, do Anexo VI "Minuta de Contrato", de modo que os valores dos combustíveis seriam os indicados nas bombas de abastecimento. Asseverou, ainda, no tocante a este item, que idêntico questionamento fora suscitado pela Representante perante o Poder Judiciário (Mandado de Segurança n.º 0002007-54.2010.8.26.0053 – 9ª Vara da Fazenda Pública) tendo, naquela oportunidade, o MM. Juiz decidido que o formato da contratação pretendida pela Prefeitura era legítimo;

3) não há que se falar em burla à licitação;

4) está sedimentada a possibilidade da realização do Pregão para contratação de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos no edital, ainda que apresentem certa complexidade;

5) não existe contradição – e sim consonância – entre o aduzido pela Agência Nacional de Petróleo e o procedimento adotado "in casu", uma vez que nele não será admitida a participação de empresa que cumule em seu objeto as atividades de gerenciamento com o fornecimento de combustíveis. Afirmou, também, que os postos de abastecimento "credenciados" pela proponente vencedora do Certame serão fiscalizados pela Contratante, que fará cumprir os regulamentos da Agência Nacional de Petróleo, não havendo, assim, possibilidade de se admitir no Pregão empresa que se enquadra nas condições restritivas impostas pela Agência mencionada;

6) para elaborar o Edital buscou informações junto a outros órgãos da Administração, tendo seguido como modelo o texto utilizado pelo Tribunal de Contas do Município, no Pregão n.º 04/2006 (fl. 69).

Em novo pronunciamento, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento da Representação. No mérito,

considerando que o sistema que se discute vem sendo utilizado por outros entes da Administração Pública e que a matéria já fora discutida no Judiciário - que a considerou legal -, entendeu não existirem óbices à sua prática, não procedendo a afirmação de que poderia haver cumulação indevida de objetos. Refutou, ainda, os apontamentos relativos ao formato da contratação pretendida e à impossibilidade da utilização do Pregão. Por outro lado, com a publicação do despacho de fl. 144, que fixou a limitação dos valores dos combustíveis ao preço unitário médio do mês anterior ou da efetivação do abastecimento, considerou sanada a impropriedade referente à aquisição de combustíveis pelo preço de bomba dos postos credenciados, reconhecendo suficiente o compromisso assumido pela CET em não admitir a participação de empresas que se enquadrem na vedação imposta pela Agência Nacional de Petróleo. Concluiu, pois, pela improcedência da Representação.

Na sequência e diante dos substanciosos argumentos devolvidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, revoguei o despacho que suspendera a Licitação, autorizando a sua retomada.

Oficiados o Sr. Presidente da Companhia de Engenharia de Tráfego - CET e a Sra. Pregoeira, foram os autos encaminhados para a Subsecretaria de Fiscalização e Controle que, diante da manifestação da Assessoria Jurídica e da liberação do Certame, entendeu superados os itens questionados.

A Representante, por sua vez, protocolizou nova petição reiterando as razões contidas na inicial, mas que não foram capazes de modificar o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

De sua parte, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral concordaram com a Assessoria Jurídica de Controle Externo e opinaram pelo conhecimento e pela improcedência da Representação.

Passo agora a relatar o TC nº 72.001.502.11-01 (Item II), no qual a mesma ABCOM – Associação Brasileira das Distribuidoras de Combustíveis requereu, em 03 de maio de 2011, o cancelamento do mesmo Pregão que é objeto do TC nº 72.000.652.11-99, em razão de questionamento já levantado na Representação anterior, relacionado à vedação imposta pela ANP de as operadoras de cartões magnéticos comercializarem ou distribuírem combustíveis. Por este motivo, a Assessoria Jurídica, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral sustentaram a ocorrência da litispendência, opinando, assim, preliminarmente, pelo não conhecimento da Representação e, superada esta fase, no mérito, pela sua total improcedência.

É o relatório.

VOTO

Desde logo, conheço da Representação veiculada no TC nº 72-000.652.11-99 (Item I), por preencher os requisitos de admissibilidade

expressos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta E. Corte e, no mérito, julgo-a Improcedente, uma vez que as falhas apontadas restaram superadas quando da liberação da Licitação, não remanescendo qualquer outra impropriedade.

Ademais, consoante bem observou o MM. Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Mandado de Segurança identificado no relatório, cujos argumentos podem ser aproveitados para o presente julgamento, o sistema de licitação mediante "a seleção de empresa prestadora de serviço de gerenciamento do abastecimento de combustíveis de veículos por meio da implantação de um sistema informatizado integrado com a utilização de cartão magnético ou micro processado" (fl. 148) visa à melhor eficiência gerencial da Administração Pública na questão relativa ao abastecimento de veículos, fato este que demonstra a vantajosidade da oferta desse serviço (vide fl. 148).

Acresce que, no curso da instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo forneceu, ainda, outro argumento importante: diversos entes da Administração Pública têm utilizado este procedimento sendo, inclusive, o caso desta Corte de Contas, - Pregão n.º 04/2006 - de modo que não há que se falar em irregularidade quando o sistema é amplamente adotado pela própria Administração.

Quanto ao segundo processo (TC n.º 72-001.502.11-01), com fundamento na manifestação dos Órgãos Técnicos, da Procuradoria da Fazenda Municipal e, especialmente, da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir, não conheço da Representação interposta por ABCOM – Associação Brasileira das Distribuidoras de Combustíveis, uma vez que ela e a anterior (TC n.º 72-000.652.11-99) apresentam as mesmas partes, a mesma causa de pedir ("a suposta ilegalidade do Edital de Pregão Presencial n.º 04/2011, por admitir como licitante empresa não capacitada a comercializar combustível") (fl. 100) e o mesmo pedido "o cancelamento do Edital" (fl. 100) caracterizando-se, assim, a litispendência, prevista no inciso V e nos §§ 1º ao 3º do artigo 301, do Código de Processo Civil, que dispõem:

> ***"Art. 301.*** *Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:*
>
> ***V*** *– litispendência*
>
> ***§ 1º*** *Verifica-se a litispendência (...), quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.*
>
> ***§ 2º*** *Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.*
>
> ***§ 3º*** *Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; (...)."*

Ora, a litispendência, verdadeiro pressuposto processual negativo, é causa da extinção do processo, podendo ser conhecida de ofício, pelo

julgador, a qualquer tempo. Assim, com fundamento no inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil, não conhecendo da Representação, considero-a extinta sem julgamento do mérito em face da ocorrência da litispendência.

Proceda-se, em ambos os processos, na forma do artigo 58 do Regimento Interno, arquivando-se na sequência.

É como voto.