TC nº 72-002.104.06-27

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. CET. Fornecimento e administração de documentos de legitimação para refeição. Cartão eletrônico/magnético. Preliminar de ilegitimidade acolhida. Ausência de autuação de processo administrativo. IRREGULARES. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 38, 'caput', Lei 8.666/93. Art.2º, Dec. Mun. 41.772/02.

2.818ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 24/08/2016

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.815ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator votado na 2.763ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher a preliminar arguida, por considerar que os membros da Comissão Especial para Reavaliação de Licitação e Contratos, não são partes legítimas para responder pelos atos em análise.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregulares o Pregão Presencial 24/2004 e o Contrato 09/2005, pela ausência de autuação do processo administrativo, caracterizando o não atendimento ao disposto no artigo 38, "caput", da Lei Federal 8.666/93 e artigo 2º do Decreto Municipal 41.772/02.

Vencidos os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e MAURÍCIO FARIA, que julgaram regulares o pregão presencial e o consequente contrato.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, por não haver constatação de prejuízo ao erário, excepcionalmente, em reconhecer os efeitos financeiros da contratação e, após cumpridas as formalidades legais, em determinar o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de julho de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise da licitação na modalidade Pregão nº 24/2004, realizada pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, tendo por objeto a prestação de serviços de alimentação coletiva para o fornecimento e a administração de documentos de legitimação (cartão eletrônico/magnético), para utilização pelos empregados, estagiários e participantes de projetos sociais da CET, em restaurantes e estabelecimentos similares no Município de São Paulo e Grande São Paulo (vales-refeição).

Do referido Pregão derivou o Contrato nº 09/2005, celebrado com o Banco VR S/A, incorporador da empresa VR Vales Ltda., a quem foi adjudicado o objeto da licitação. O valor pactuado foi de R$ 27.371.665,20 (vinte e sete milhões, trezentos e setenta e um mil seiscentos e sessenta e cinco reais e vinte centavos), pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade da licitação, devido à ausência de autuação do processo

administrativo, desatendendo ao disposto no artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/2002. E, por decorrer de licitação realizada em desacordo com a legislação de regência, considerou também irregular o contrato acima identificado, sugerindo recomendação à Origem no sentido de, em futuros procedimentos licitatórios, observar as formalidades indicadas nos referidos dispositivos legais.

O Ordenador da Despesa e os Signatários do ajuste foram intimados, bem como foi oficiada a Origem, para ciência e manifestação acerca das conclusões alcançadas pela Auditoria. O Ordenador da Despesa alegou tratar-se de erro meramente formal, desprovido de má-fé e de prejuízo ao Erário, enquanto a Origem e os signatários aduziram ter havido formação de expediente, que recebeu capa e identificação por número (nº 790/2004), da área interessada e da data de abertura, além da numeração sequencial dos documentos encartados, procedimentos esses que atendem às normas de regência.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao examinar a documentação acrescida, manteve seu posicionamento, uma vez que o mero capeamento de expediente sem indicação, em cada folha, do número de processo, da numeração da página e do nome do responsável pela juntada não atendem à formalidade prevista na legislação, que objetiva segurança às partes interessadas e a integridade do processo administrativo.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Pregão, pois considerou que as empresas públicas e as sociedades de economia mista também se subordinam às normas específicas em matéria de licitação e contratos administrativos, restando claro que não houve o atendimento pleno ao disposto no artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93, combinado com o artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.722/2002, de caráter cogente e não facultativo para o agente público. Por consequência, o Contrato em apreço foi considerado irregular.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, apropriando-se das razões de defesa e entendendo existirem elementos de convicção, opinou pelo acolhimento dos atos em análise, sem prejuízo de recomendações à Origem julgadas cabíveis.

A Secretaria Geral apontou que a irregularidade mencionada pelos Órgãos Técnicos desrespeita a formalidade essencial do processo licitatório, que garante a lisura e a transparência do procedimento anteriormente à contratação, levando este Tribunal de Contas a julgar irregulares as contratações que ostentam tal vício. Assim, entendendo como impróprio o procedimento de autuação de processo administrativo adotado pela Origem, opinou pela irregularidade tanto da Licitação quanto do Contrato dela decorrente.

Determinada a intimação dos Membros da Comissão de Licitação, estes apresentaram suas defesas, visto que os Signatários da Ata de Decisão de Negociação alegaram sua ilegitimidade de parte, pois designados unicamente para compor a Comissão Especial para Reavaliação de Licitação e Contratos, enquanto os demais intimados sustentaram a regularidade do certame, que atingiu seu objetivo, entendendo ser irregularidade formal, passível de recomendação, o modo de autuação do processo administrativo, embora tenham seguido as normas internas da empresa, aplicáveis à espécie.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após analisar as razões de defesa, ratificou sua conclusão técnica inicial, por não haver como sanar a ocorrência, uma vez consumado o descumprimento da legislação atrás citada, ressaltando o registro da Secretaria Geral, em seu parecer, que este Tribunal, em diversos julgados, tem julgado irregulares as contratações que envolvem o mesmo tipo de inconformidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou seu posicionamento quanto ao não acolhimento do Pregão e do Contrato dele decorrente, pois os argumentos apresentados foram incapazes de alterar o fato constatado pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal.

O Órgão Fazendário opinou pelo acolhimento dos atos analisados ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais por eles gerados, enquanto a Secretaria Geral, alinhada com sua manifestação anterior, acompanhou a posição externada pela Área Jurídica.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cabe consignar que procede a arguição de ilegitimidade suscitada pelos Signatários da Ata de Decisão de Negociação, para figurar como parte no presente feito, visto que atuaram apenas na renegociação da redução da taxa de administração apresentada pelo Contratado, quando já homologado o resultado da licitação e adjudicado seu objeto à empresa declarada vencedora do certame.

Neste sentido, acolho a preliminar arguida, considerando que os membros da Comissão Especial para Reavaliação de Licitação e Contratos, no presente caso, não são parte legítima para responder pelos atos ora analisados.

Quanto ao mérito, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, ao analisarem o certame e contrato, opinaram "*pela sua irregularidade, pela ausência*

de autuação do Processo Administrativo, não atendendo o disposto no artigo 38, 'caput', da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02".

A autuação do devido processo administrativo consiste em formalidade essencial, sendo garantia ao 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, motivo pelo qual a sua inobservância, por si só, macula todo o procedimento e não pode ser considerado falha meramente formal.

Resta patente que o procedimento adotado pela Origem desvirtuou-se das disposições legais atinentes à obrigatoriedade da devida e completa autuação do processo administrativo, maculando a licitação e o contrato dela derivado, entendimento esse respaldado em precedentes jurisprudenciais deste Tribunal de Contas.

Diante do exposto, com base nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, julgo irregulares o Pregão 24/2004 e o Contrato 09/2005.

Todavia, por não haver constatação de prejuízo ao erário, nos relatórios encartados aos autos, excepcionalmente, acompanho a sugestão da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral pelo "*reconhecimento dos efeitos financeiros da presente contratação*".

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos. **(2.763ª S.O.)**

Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

Na Sessão Ordinária nº 2.763, complementada na Sessão Ordinária nº 2.815, verificou-se empate no julgamento do Pregão Presencial 24/2004 e do Contrato 09/2005, dele decorrente, firmado pela Companhia de Engenharia de Tráfego/CET e Banco VR S.A., objetivando a prestação de serviços de alimentação coletiva para o fornecimento e a administração de documentos de legitimação (cartão eletrônico/magnético) para utilização dos empregados, estagiários e participantes de projetos sociais da Companhia de Engenharia de Tráfego, em restaurantes e estabelecimentos similares credenciados no Município de São Paulo e Grande São Paulo, no valor de R$ 27.371.665,20 (vinte e sete milhões, trezentos e setenta e um mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e vinte centavos), pelo prazo de 24 meses.

De um lado, o nobre Relator, Conselheiro Edson Simões, acompanhado do ínclito Conselheiro Domingos Dissei, com fundamento nos pareceres da SFC, AJCE e SG, julgou irregulares o Pregão e o Contrato dele decorrente, por considerar que não foi atendido plenamente o disposto nos artigos 38, "caput", da Lei 8.666/93 e 2º do Decreto 41.772/02, pois não houve a devida e indispensável autuação do Processo Administrativo, o que inviabiliza o exercício dos Controles Interno e Externo, aceitando, porém, excepcionalmente, os efeitos financeiros deles decorrentes.

De outro lado, os nobres Conselheiros João Antônio, Revisor, e Maurício Faria, consideraram regulares a Licitação e Contratação, pois entenderam que as falhas formais merecem ser relevadas, acolhendo-se as justificativas da CET, que se deram no sentido de que existiu um "expediente", capeado e identificado sob o nº 790/2004, o qual se prestava a abrigar todos os papéis e documentos relativos ao Pregão 24/2004 e que, na hipótese, a CET – empresa privada – observa procedimentos internos próprios.

Diante do empate anunciado, nos termos do Regimento Interno desta Corte, necessária se faz a intervenção do Presidente para proferir o voto de desempate, o que agora faço.

A questão que merece apreciação diz respeito à autuação do Processo Administrativo, matéria que é constantemente debatida nesta E. Corte e sobre a qual já tive a oportunidade de me posicionar, por exemplo, nos autos dos TCs 3.609.04-47, 3.972.03-36, 3.973.03-07, 3.974.03-61, 3.975.03-24, 3.977.03-50, 3.978.03-12, 4.856.04-51 e 4.917.04-44, no sentido de que o procedimento licitatório inicia-se com a abertura de processo administrativo autuado, protocolado e numerado, assim, a inexistência do processo nestas condições implica a irregularidade do ajuste por afronta ao artigo 38, "caput", da Lei 8.666/93.

Nesse âmbito, considero necessário afastar a alegação da CET de que não estaria submetida ao regime jurídico de direito público e assim o faço acolhendo o parecer da Douta Assessoria Jurídica de Controle Externo (apud Celso Antônio Bandeira de Mello), no sentido de que por se tratar de empresa coadjuvante do Estado, jamais poderá tomar em caráter absoluto sua personalidade privada e que a Lei Municipal 13.278/02, em seu artigo 1º, parágrafo único[1], subordina, dentre outros, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista ao cumprimento da Lei Federal de Licitações. Igualmente, a

[1] Art. 1º - As licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão à legislação federal e às normas específicas desta lei. Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta lei os órgãos da administração municipal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e ou indiretamente pelo Município.

Administração Pública direta e indireta submete-se, em qualquer de seus níveis, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência explicitados no artigo 37, "caput"[2], da Constituição Federal repetidos, entre outros, no artigo 3º, da Lei Federal 8.666/93[3] e, tendo como corolário dos princípios da publicidade e da moralidade, o artigo 38 do precitado Diploma Legal.

Voltando ao tema específico da autuação do Processo Administrativo, consoante fundamentado nos processos TCs antes citados, *"a autuação é providência inafastável, porque é o procedimento administrativo que resguarda melhor a memória da Administração e permite ao administrado o acesso aos seus elementos, não só para verificação da concepção e transparência dos atos e condutas dos agentes públicos, como também para obtenção de certidões ou atestados de seu interesse, direito esse, expressamente assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", da Carta Magna".*

Neste sentido, transcrevo o ensinamento de Marçal Justen Filho sobre artigo 38 da Lei de Licitações:

> *"A lei determina que todos os atos da licitação sejam documentados por escrito.*
>
> *Mesmo quando os atos sejam formalizados verbalmente ou através de outras condutas, deverá ocorrer sua documentação por escrito (através de atas).*
>
> *Ademais, impõe-se que esses documentos sejam coletados em volume único e organizado sequencialmente ("autos").*
>
> *A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a seriedade e a confiabilidade da atividade administrativa.*
>
> *A documentação por escrito e a organização dos documentos em um único volume asseguram a fiscalização e o controle da legalidade do procedimento. Será assegurada a possibilidade de exame da evolução*

---

[2] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

[3] Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

do procedimento.

A Administração, os licitantes e mesmo outros cidadãos poderão verificar os eventos ocorridos, reconstruindo historicamente a evolução dos fatos.

A qualquer tempo, poderá ser comprovada a ocorrência de vício ou de defeito (tais como descumprimento a determinações legais, a ofensa a regras do ato convocatório, etc.).”

(in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 10ª edição, página 368)

Assim, no que pertine à irregular autuação do Processo Administrativo, filio-me à primeira corrente, para julgar irregulares o Pregão e, por consequência, a Contratação dele decorrente.

De outra parte, tendo em conta o tempo decorrido, considerando não haver indícios de prejuízo ao Erário, entendo pertinente a aceitação excepcional dos efeitos financeiros.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

O Tribunal decidiu, por maioria, com voto de desempate do Presidente, julgar irregular o Pregão 24/2004 e o Contrato 009/2005, aceitando, contudo, excepcionalmente os seus efeitos financeiros.