TC 2.199/2014

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SPTRANS. Serviços de impressão personalizada em cartões de PVC para o Bilhete Único. REGULARES. Votação unânime.

330ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regulares o Pregão Eletrônico 18/2013 e o Contrato 2013/0317-01-00.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de outubro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise da Licitação – Pregão Eletrônico 018/2013 e do Contrato 2013/0317-01-00, decorrente, celebrado entre a São Paulo Transporte S/A – SPTrans e Valid Soluções e Serviços de Segurança em Meios de Pagamento e Identificação S/A tendo por objeto a prestação de Serviços de Personalização de 6.000.000 (seis milhões) de Cartões PVC Bilhete Único, por impressão por termotransferência no valor estimado de R$ 3.420.000,00.

O Relatório inicial da Auditoria deus nos seguintes termos:

"Conclusão

Análise da Licitação:

Concluímos que a análise do Pregão Eletrônico 018/13, objetivando a prestação de serviços de personalização de 6.000.000 (seis milhões) de cartões PVC "Bilhete Único", com impressão por termo transferência, sob os aspectos formais e legais, encontra-se irregular, tendo em vista o seguinte apontamento:

• Não está justificado o quantitativo definido no orçamento, em infringência ao Artigo 2º, Incisos I e IX do DM 44.279/03, e Artigo 7º, § 4º da LF 8.666/93 (item 11.1).

Conclusão

Análise da Contratação:

Irregular, tendo em vista que os quantitativos estimados não estão justificados, conforme item 14.1, e por derivar de licitação (Pregão Eletrônico 018/2013) considerada irregular.

Oficiada, a SPTrans argumentou que a implantação das novas funcionalidade do BU exigiu a adoção de um cartão com recursos tecnológicos mais modernos e com capacidade de armazenamento de dados, de 4 kbytes superior àquele que vinha sendo fornecido, com memória de 1kbyte.

Argumentou que a SPTrans conduziu o processo licitatório objetivando a contratação de serviços de personalização de 6.000.000 de cartões, considerando que os dados dos usuários são variáveis (nome, número RG e foto do titular).

Asseverou que para chegar à definição da quantidade de cartões necessária, a SPTrans utilizou como parâmetro o universo de usuários potenciais e efetivos do Sistema Bilhete Único. Argumenta, também, que a dinâmica do sistema torna impossível precisar quantidades exatas, em face das alterações constantes da quantidade de usuários e modalidade na qual estão inseridos.

Informou, ainda, que, para a definição da quantidade de cartões necessária, foram considerados os seguintes números: população do Município de São Paulo, moradores da região metropolitana de São Paulo (usuários dos sistemas sobre trilhos – CPTM e METRÔ) e a quantidade de usuários do Sistema Bilhete Único (em torno de 7.000.000 que realizam cerca de 12.000.000 transações/dia).

Argumentou que, nesse universo, foram estimados pela SPTrans como potenciais candidatos a aderirem ao Bilhete Único, os usuários pagantes nas seguintes quantidades: 2,5 milhões do vale transporte, 1 milhão de estudantes e 3 milhões do tipo comum.

Finalizou arguindo que a definição do quantitativo de 6.000.000 de cartões considerou também as seguintes variáveis: fornecimento contínuo pela inclusão diária de novos usuários; reposições decorrentes de roubo, extravio, mau uso e término da vida útil; usuários eventuais. (folhas 61/77).

A Auditoria manteve a sua conclusão.

Por outras duas vezes foi oficiada a Origem, que trouxe novos esclarecimentos e intimados os Responsáveis que apresentaram defesa.

Diante disso, a Auditoria considerou sanados os apontamentos nos seguintes termos: *"Pelo exposto, permanece o apontamento de que as justificativas apresentadas à época da licitação não eram suficientes. As alegações e informações complementares agora anexadas aos autos justificam a quantidade estimada para a licitação. Dessa forma, submetemos a decisão com referência à relevação da irregularidade do Pregão Eletrônico 018/2013 e do Contrato 2013/0317-01-00 ao critério de V. Excelência."*

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo também entendeu regular o pregão e o contrato, considerando que as correções efetuadas pela Origem somadas as justificativas trazidas eram suficientes para sanar a irregularidade incialmente apontada, assim disposto: "*De parte a parte, observa-se a busca pela justificativa a cerca do quantitativo estimado de cartões PVC "Bilhete Único" a serem utilizados no certame, bem como previsão de distribuição ou consumo, tendo em vista o cumprimento dos preceitos legais específicos que regem a problemática posta (art. 2°, 1 e IX do Decreto Municipal 44.279/03 e Art. 7°, § 4° da Lei de Licitações e Contratos 8666/93).*

Neste diapasão, a Origem explana que há no Município de São Paulo vários perfis de usuários (estudantes, idosos, trabalhadores, gratuidades), havendo, outrora, um cartão para cada perfil, dada a restrição técnica de memória e pluralidade de cadastros, revelando-se uma situação antieconômica e pouco conveniente. (fl.552/553).

Em decorrência da complexidade do sistema de transporte paulistano, fez-se necessária uma sistemática especial de consumo de créditos, cognominada temporal (mensal, semanal e diária), a ser implantada neste novo cartão, que futuramente possuirá inclusive a funcionalidade da gratuidade inerente ao público específico, ou seja, um único cartão dotado de todas as funcionalidades necessárias (fl. 144).

De todo o exposto, exsurge uma política de unificação dos cartões, a ser implantada paulatinamente, conforme a demanda, coexistindo os novos e antigos, não havendo data fatal para a substituição completa.

Imperioso destacar que há duas situações em relevo: a primeira diz respeito à aquisição dos cartões, que são fornecidos rotineiramente em função de roubo, extravio, defeito e prazo de validade. A segunda, objeto da licitação e contrato em análise, refere-se à personalização dos cartões, que são fornecidos sem identificação, de modo que o serviço prestado pela Valid consiste na inserção dos dados pessoais como foto, nome e número do documento de identificação. Ora, o fornecimento dos cartões, ato anterior, difere do serviço de personalização.

A fim de arrematar os esclarecimentos, seguem abaixo excertos da defesa apresentada pela Origem:

'A aquisição de cartões (e não apenas o serviço de personalização) é uma atividade rotineira na área de gestão de cartões da SPTrans, as aquisições realizadas a partir de 2013 não possuem como finalidade única a substituição de todos os cartões existentes, uma vez que o Sistema de Bilhetagem foi desenvolvido para permitir a convivência entre os cartões antigos e os mais atualizados.

A substituição de cartões se dá por diversas razões, sendo a adesão à nova política tarifária apenas uma delas. Outras razões, conforme já relatado, são a perda, extravio, roubo, defeito e mortandade do cartão, atingido o prazo de vida útil. Assim, em algum momento, todos os cartões hoje em circulação serão substituídos, contudo, não através de um ato normativo que torne esse procedimento obrigatório e com data definida para acontecer".

Quanto ao estoque de cartões, a logística da bilhetagem exige que se mantenha sempre um estoque de segurança, bem como instrumento de contrato que permitam novas aquisições, de forma a não gerar desabastecimento.

Entendemos, aqui, que há um equivoco na avaliação da douta Auditoria, pois o contrato sob análise não é o de fornecimento de cartão e sim o de personalização. Não existe estoque de cartão personalizado, pois, por definição, esse é um cartão que se produz sob demanda. Tão logo o cartão é produzido (personalizado) é efetuado o respectivo envio ao usuário, através do Posto de Atendimento por ele escolhido ou diretamente no Estabelecimento de Ensino, no caso dos estudantes'.

'A previsão de consumo está contida no edital, conforme mencionamos anteriormente, que em seu anexo XVII apresenta o cronograma de desembolso financeiro. Eventualmente, por excessivo rigor, pode-se dizer que a previsão de consumo diz respeito ao consumo físico dos serviços de personalização. Porém, o processo possui elementos para que os interessados pudessem converter valor financeiro em quantidade de serviço (medida em número de cartões). O principal elemento é o preço referencial obtido através de pesquisa de preços, qual

seja, R$ 0,90 (noventa centavos de real) por unidade personalizada. Porém, é importante registrar que, no caso do serviço de personalização, o volume contratado deve ser compatível com a possibilidade de que todos os usuários queiram personalizar seu cartão'.

Isso posto, despontam as seguintes considerações:

a) houve a contratação prévia de fornecimento de oito milhões de cartões (dois milhões e meio de vales transporte, um milhão de estudantes, três milhões de usuários comuns e estoque);

b) trata o presente caso de contrato de personalização de seis milhões de cartões, não de fornecimento.

c) a personalização se dará conforme a demanda, devendo a Administração dispor de capacidade para tanto;

d) não haverá a substituição total e imediata dos cartões

e) é necessário manter estoque de segurança e instrumento contratual que permita novas aquisições, evitando desabastecimento.

Observando a conjuntura de informações carreadas aos autos, especialmente considerando que houve licitação anterior adquirindo os cartões e que, a partir deste número previamente considerado em conjugação com a migração do antigo para o novo sistema, adesão de novos usuários e demanda flutuante, restaram elucidadas as questões do quantitativo de cartões a serem personalizados e da previsão de distribuição.

Embora justificados os apontamentos da Especializada, importa mencionar que ocorreram extemporaneamente, posto que a licitação, enquanto procedimento administrativo, deve atender a legislação (validade) quando de sua gênese na fase interna do certame.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, 'procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.' Informa ainda que 'o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico incindível'.

Nesta seara, tem-se que a licitação deve ser em sua totalidade pautada pelos ditames legais, posto que o vício de um ato causa uma reação em cadeia, eivando de ilegalidade todos os demais. Assim é que o Memorando SAC/GLC 107/2013 (fl. 11) e os autos do PALC no 2013/0317 não possuem justificativa para contratação do quantitativo estimado constante do Edital, maculando o processo licitatório (Pregão Eletrônico 018/2013) e, por decorrência lógica, o próprio contrato (Contrato n.0 2013/0317-01-00).

Ensina Marçal Justen Filho que "a licitação é um procedimento orientado a reduzir o risco de escolhas fundadas em critérios subjetivos, vinculando o administrador à disciplina legal (...)

• Requintando a questão, segue jurisprudência do TCU: 'A abertura de processo licitatório pressupõe a existência de prévio planejamento que vise a atender às necessidades da Administração.

No entanto, não consta dos autos qualquer estudo que estime a demanda das unidades do MMA por serviços de impressão. Dessa forma, foi desrespeitado o art. 7 § 40, da Lei 8.666/93, segundo o qual é vedada a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades.

Em se tratando de licitação, as exigências legais não se justificam por si próprias, mas visam garantir o interesse público, logo, não se trata de mero ajuste de fato à norma, mas de proteção ao todo licitatório.

De outro ângulo, a fim de cercar a questão, convém trazer outro entendimento de Marçal Justen Filho: Os diplomas legais podem ser mais ou menos formalistas. Isso não autoriza o formalismo do intérprete, que não deve transformar-se em autônomo, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre o mundo dos fatos e o texto escrito de uma lei. A lei não é elaborada para bastar-se a si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. '(...) aplicar a Lei 8.666 não consiste numa mera atividade mecânica, derivada da simples intelecção do sentido das palavras. E necessário compreender os valores veiculados através do diploma, verificar os fins a serem atingidos e escolher a solução mais compatível com todos os princípios jurídicos consagrados pelo Direito brasileiro.' (g. n.)

Impende aqui sopesar a inobservância da norma em face da justificativa extemporânea do quantitativo buscando harmonizar a legalidade e a segurança jurídica, traduzida na estabilidade das relações jurídicas, pilares do Estado de Direito.

Enriquecendo o diálogo principiológico, Edmir Netto de Araújo doutrina: 'Firmado que o interesse público que preside às atividades da invalidação e de convalidação dos atos administrativos é o da restauração da legalidade atingida pelo ato viciado, recordemos que nem sempre esse interesse público será melhor atingido (finalidade) mediante a supressão de tal ato do mundo jurídico.

Por isso é que a declaração de nulidade pode ser feita pela Administração (em certas circunstâncias, deve) e essas alternativas não infirmam o princípio da legalidade; antes representam uma conciliação deste com o princípio da finalidade pública. '(g. n.)

Ainda nesta seara, Celso Antônio Bandeira de Mello: '(...) um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. E a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado. E que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior''.

Cabem ainda as palavras de Edmir Netto: 'Diante da ocorrência, na formação do ato administrativo (g. n.), de algo que não se acomode ao modelo legal (vício), além da faculdade revocatória descrita no item anterior, o agente público terá, conforme o grau de irregularidade encontrado:

a) a obrigatoriedade inquestionável de anular o ato, se o vício for insanável, nulidade absoluta,

b) a possibilidade de escolha (poder discricionário), por critérios seus mas vinculados ao interesse público in concreto, entre anular o ato ou reorganizá-lo para que continue a produzir os efeitos colimados, ou passe a produzir efeitos de interesse público conexos, no caso de irregularidades sanáveis, nulidades relativas.'

Oportuno aqui frisar que não houve questionamento acerca da quantidade de cartões, mas sim da justificativa, que, conforme afirmação da especializada, perfectibilizou-se, ainda que a destempo (fl. 566). Nesta senda, vale pontuar que este seria o único desvio legal no processo e é sanável, não há notícias nos autos de prejuízos ao erário e a terceiros, inexistência de dano ao interesse público, sendo, portanto, mais benéfico relevar a irregularidade que sugerir a nulidade do todo licitatório.

Desta feita, parece que poderia, s. m. j, prevalecer a convalidação da irregularidade, sendo relevada em caráter extraordinário, posto que suprida a ausência de justificativa do quantitativo, mesmo que tardiamente, tudo pautado pela segurança jurídica e interesse público.

Excepcionalmente, portanto, o Edital do Pregão Eletrônico 018/2013 e o Contrato 2013/0317-01-00, salvo melhor entendimento, poderão ser acolhidos, sem prejuízo, data máxima vênia, de recomendações à Origem quanto à necessidade tempestiva de justificativa das aquisições, em atendimento aos artigos 2°, Incisos 1 e IX do DM 44.279/03 e 7°, § 40 da LF 8.666/93.

Quanto à determinação do N. Relator de que a SPTrans obtenha da Empresa Contratada subsídios e eventual defesa, importante mencionar o seguinte trecho da alegação: 'Ora, pela simples leitura conjunta dos dispositivos supra transcritos, mormente o previsto no artigo 116, § 30 do Regimento Interno do TCMSP, dessume-se que compete a este promover a intimação de terceiros que "tiveram participado do ato ou contrato questionado ou puderem ter sua esfera

subjetiva de direitos afetada pela futura decisão do feito", como se afigura in casu, afim de que apresentem subsídios e eventual defesa, em assim querendo, sob pena de nulidade absoluta da decisão preferida, restando, portanto, a SPTrans desincumbida, pela ausência de competência, de instar a empresa Valid Soluções e Serviços de Segurança em Meios de Pagamento e Identificação S/A a proceder a tais atos de comunicação". (g. n.)

O Regimento Interno desta E. Corte de Contas trata da figura processual intitulada terceiro interessado em seus artigos 107,108 e 10, autorizando sua intimação quando houver participado do ato ou contrato questionado e puder ser atingido pela decisão futura, podendo então integrar o processo, influenciando assim os convencimentos.

Entende-se que, salvo melhor juízo, poder-se-ia intimar diretamente a Valid Soluções por meio das vias oficiais deste E. Tribunal de Contas, sendo esta uma medida de higidez processual, afastando a nulidade, porquanto em consonância com os princípios constitucionais regentes da matéria (Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório).

Por derradeiro, tendo em conta que foram elucidadas as questões do quantitativo e previsão de consumo, em atendimento aos artigos 20, Incisos 1 e IX do DM 44.279/03 e 7°, § 40 da LF 8.666/93, ainda que a destempo e com fulcro na segurança jurídica e prevalência do interesse público, excepcionalmente poderá ser relevada a irregularidade, sem prejuízo de recomendação à origem quanto à necessária observância tempestiva da justificativa dos quantitativos de suas aquisições.

No tocante à intimação direta, o TCMSP possui autorização regimental para procedê-la. Assim é que se opina pelo acolhimento do Edital do Pregão Eletrônico 018/2013 e o Contrato 11.0 2013/0317-01-00, salvo melhor juízo."

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral por sua vez, na esteira dos Órgãos Técnicos, opinaram pelo acolhimento do pregão e do contrato, assim disposto pela Secretaria Geral:

"*A Origem em suas diversas manifestações buscou demonstrar a justificativa do quantitativo apresentado, esclarecendo, em suma, que a aquisição de cartões é uma atividade rotineira na área de gestão de cartões da SPTrans; que a logística da bilhetagem exige que se mantenha sempre um estoque de cartões de segurança; e, que previsão de consumo está contida no edital.“*

A Equipe de Fiscalização compreendeu que as justificativas apresentadas, de fato, esclarecem o quantitativo apresentado, porém, ressaltou que essas explicações não eram, à época da licitação, devidamente suficientes.

Entretanto, como se verifica que efetivamente existe uma motivação para a escolha da quantidade estimada na licitação, a ausência de justificativa, naquele momento, pode ser relevada.

Por todo o exposto, opino, s.m.j., pelo acolhimento do Pregão Eletrônico 018/2013 e do Contrato 2013/0317-01-00, celebrado entre a São Paulo Transporte S/A – SPTrans e a Valid Soluções e Serviços de Segurança em Meios de Pagamento e Identificação S/A, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços de personalização de 6.000.000 (seis milhões) de Cartões PVC Bilhete Único, por impressão por termo transferência no valor estimado de R$ 3.420.000,00".

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos da análise do Pregão Eletrônico 018/2013 e do Contrato 2013/0317-01-00, decorrente, celebrado entre a São Paulo Transporte S/A – SPTrans e a empresa Valid Soluções e Serviços de Segurança em Meios de Pagamento e Identificação S/A tendo por objeto a prestação de Serviços de Personalização de 6.000.000 (seis milhões) de Cartões PVC Bilhete Único, por impressão por termotransferência no valor estimado em R$ 3.420.000,00 (três milhões quatrocentos e vinte mil reais).

Consoante relatado, depois de analisado os esclarecimentos apresentados pela SPTrans, a Coordenadoria V entendeu que:

"As alegações e informações complementares agora anexadas aos autos justificam a quantidade estimada para a licitação. Dessa forma, submetemos a decisão com referência à relevação da irregularidade do Pregão Eletrônico 018/2013 e do Contrato 2013/0317-01-00."

No mesmo sentido opinaram a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, que opinaram *"igualmente, pela regularidade do Pregão Eletrônico 08/2013 e do Contrato 2013/0317."*

Assim, com amparo nos pareceres unânimes da Auditoria, da Assessoria Jurídica, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO REGULARES o PREGÃO ELETRÔNICO 018/2013 e o CONTRATO 2013/0317-01-00.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.