TC nº 72-002.663.11-86

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. CET. Serviços de gerenciamento e abastecimento de combustíveis através de implantação e operação de sistema informatizado. Despacho de autorização exarado por agente que não detém competência. Competência legal comprovada. Precedente. Relevada a falta de aprovação da versão final do Edital pela assessoria jurídica. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TC citado 72-001.697.11-62.

Legislação citada: Art. 2º, I; art. 20, IV; art. 21, XII, Dec. Mun. 44.279/03. Art. 38, parágrafo único; art. 54, § 1º; art. 55, VIII, Lei 8.666/93. Art. 15, Lei Mun. 13.278/02.

2.920ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 10/11/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados 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 julgar regulares o Pregão Presencial 04/2011 e o Contrato 027/2011.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à CET que observe, com rigor, os regramentos da Lei Federal 8.666/93, em especial o disposto no parágrafo único de seu artigo 38.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de abril de 2017.

EDSON SIMÕES
Conselheiro mais antigo no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de análise do Pregão Presencial 04/2011 e do Contrato 027/2011, celebrado entre a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e Nutricash Serviços Ltda., objetivando o fornecimento e administração de cartões magnéticos ou microprocessados para aquisição de combustíveis e prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de combustíveis, por meio da implantação e operação de um sistema informatizado e integrado com utilização de cartão de pagamentos magnético ou micro processado e disponibilização de Rede Credenciada de Postos de Combustível, compreendendo a distribuição de álcool hidratado (etanol), gasolina (comum) e diesel (comum) para a frota de veículos automotores da Contratante, no valor de R$ 6.063.167,27 (seis milhões, sessenta e três mil, cento e sessenta e sete reais e vinte e sete centavos).

Em análise inicial, a SFC (fls. 295/308) reputou irregulares:

I - O Certame:

a) por insuficiência de justificativa técnica e ausência de justificativa dos quantitativos estimados, em infringência ao disposto no artigo 2º, inciso I, do Decreto 44.279/03[1];

b) pela falta de aprovação da versão final do Edital pela Assessoria Jurídica da CET, em afronta ao estabelecido no parágrafo único do artigo 38[2], da Lei 8.666/93.

II - O Contrato:

a) por decorrente de Licitação maculada;

[1] Decreto Municipal nº 44.279/03. Art. 2° O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: I – requisição de material ou justificativas para contratação;
[2] Lei nº 8.666/93 Art. 38. (...) Parágrafo Único – As minutas dos editais de licitação, bem como a dos contratos, acordo, convênios ou ajustes deve, ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

b) por não observar a Cláusula estabelecendo os casos para sua rescisão, desatendendo o inciso VIII, do artigo 55, da Lei das Licitações[3];

c) por ausência de exigência de garantia de execução contratual, em infringência ao disposto no artigo 54, § 1º[4], da Lei 8.666/93.

Observou, ainda, que não há no Estatuto da CET disposição que contemple de forma adequada as competências para autorizar Licitações e Contratações tratadas no Decreto 44.279/03, o que prejudica a imputação precisa da responsabilidade aos dirigentes da estatal. Constatou-se, contudo, que se pode compreender da leitura do disposto no artigo 20, inciso IV do mencionado Estatuto, que as autorizações referidas competem à Diretoria (decisão colegiada) e, como atos de gestão não podem ser delegados nos termos do artigo 21, inciso XII, segunda parte do mesmo Diploma, cabendo à CET esclarecer a questão.

Oficiada, a CET arguiu em sua defesa de fls. 314/317, o que segue.

No que pertine à insuficiência de justificativa técnica e à ausência de justificativa dos quantitativos estimados, esclareceu que em atendimento à solicitação de sua Assessoria Jurídica, sua Área Técnica elaborou a complementação da justificativa que fora encaminhada e recebida pela Diretoria Administrativa – DA mas, por um lapso, a Gerência de Suprimentos deixou de juntá-la no expediente do Pregão 04/11, o mesmo ocorrendo com as justificativas dos quantitativos, conforme documentos que anexou. Acrescentou que para alcançar os quantitativos estimados, sua Área Técnica considerou o consumo médio mensal de combustíveis de outubro/novembro de 2010.

No intuito de justificar a Contratação, a Gerência de Administração de Frotas da Contratante, à fl. 319, informou que fora notificada pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB para adequar as instalações de seu Posto de Abastecimento localizado à Av. Marquês de São Vicente 2154, em cumprimento à Resolução CONAMA 273, mas que as obras necessárias para tal mostraram-se de grande porte, com elevado custo e prazo exíguo para seu atendimento, que poderia não ser cumprido, ensejando aplicação de sanções. Concluiu-se, então, que a contratação de empresa especializada para fornecimento e administração de cartões magnéticos ou microprocessados para aquisição de combustíveis seria uma medida mais eficiente e econômica para atender essa necessidade.

---

[3] Lei nº 8.666/93 Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: VIII - os casos de rescisão;

[4] Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Sobre a falta de aprovação final do Edital pela Assessoria Jurídica da CET, afirmou igualmente que, por um lapso, deixou de retornar o expediente àquela Assessoria, mas que o descumprimento desta exigência não macula o procedimento se o Edital ou o Pregão não apresentarem vício. Pugnou, assim, pela legalidade do Edital.

Aduziu, na sequência, que a inexistência de Cláusula Contratual prevendo os casos de rescisão do Contrato não tem o condão de maculá-lo.

Por fim, quanto à infringência relativa à ausência de cláusula de garantia de execução contratual, asseverou que o artigo 56[5] da Lei 8.666/93 remete à discricionariedade da Administração a exigência de garantia. Acrescentou que "in casu" a Contratada não forneceria o combustível, mas sim, seu meio de pagamento, concluindo, portanto, ser dispensável o caucionamento contratual. Aduziu, ainda, a título de esclarecimento, que a ANP, a Polícia Militar do Estado de São Paulo, a Secretaria da Administração Penitenciária e o próprio Tribunal de Contas do Município de São Paulo, dentre outros órgãos públicos, não exigiram garantia contratual em Editais análogos.

Na análise da defesa apresentada pela CET, SFC teceu os seguintes comentários e conclusões, constantes das fls. 321/323 vº.

No tocante à falta de justificativa técnica para contratação, asseverou a Auditoria que não está se contestando as vantagens do cartão de combustível em comparação com "as reformas de grande porte" que teriam que ser realizadas para que a CET pudesse continuar utilizando seu Posto de Combustível, mas sim, o que fora evidenciado em seu relatório, ou seja: "...a opção pela contratação do fornecimento de cartão não está devidamente justificada, na medida em que não se avaliou a possibilidade de contratação do fornecimento de combustível (por postos ou distribuidoras de combustível, por exemplo), comparando as alternativas nos aspectos da economicidade e da ampliação do universo de participantes na licitação. (fl. 299 vº).". Neste contexto concluiu que a Contratante não se manifestou sobre essa irregularidade, mantendo o apontamento.

Em relação aos quantitativos, asseverou que a justificativa da CET que teve por base o consumo médio de combustíveis entre outubro e novembro/2010 pode ser aceita, ressalvando, contudo, que ela deveria ter sido juntada ao Expediente 0145/11, antes do lançamento do Edital.

Quanto à ausência de aprovação da versão final do Edital pela Assessoria Jurídica, ressaltou que aquela Assessoria havia feito diversas sugestões de alteração na redação de itens do Edital e da minuta do Contrato, inclusive recomendando a apresentação, pela Área Técnica, dos critérios e dados

---

[5] Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

que foram levados em conta para a fixação dos quantitativos estimados. Nesse particular, submete ao Relator a possibilidade de convalidação da falha.

No tocante à ausência de previsão dos casos de rescisão contratual, manteve o apontamento, sob o argumento de que tais casos podem ser detalhados e especificados, de acordo com as peculiaridades do objeto, o que demonstra ser Cláusula necessária e essencial ao Contrato.

Já sobre a ausência de exigência de garantia contratual, aceitou os argumentos da Companhia, considerando que a Contratada não fornecerá o combustível e sim os meios de pagamento e que eles serão realizados dez dias após a apresentação das notas fiscais atestadas pelo Gestor do Contrato.

Desse modo, afastou tal irregularidade. Em cumprimento ao r. despacho de fl. 326, ofereceram suas defesas Armando Antônio Fontoura Filho, fls. 363/364; Fernando Sarmento Rocha, fls. 360/361 e Jealci R. Queiroz, Luiz Alberto dos Reis em conjunto com a CET em nova manifestação de fls. 329/353.

Todos os interessados, em seus pronunciamentos, reportaram-se à defesa da Contratante, aduzindo, contudo, Fernando Sarmento Rocha que meramente assinou o Contrato, na condição de Chefe de Gabinete, para atender a uma formalidade legal da Companhia inerente ao cargo que ocupava à época, sem ânimo de causar dano aos interesses fundamentais em questão.

Na sequência a Auditoria, após análise das defesas mencionadas, acostou aos autos novo parecer, fls. 366/369, no qual foram consideradas superadas a insuficiência de justificativa técnica e a ausência de previsão dos casos de rescisão contratual, reiterando a conclusão pela irregularidade da Licitação em decorrência da ausência de aprovação da versão final do Edital pela Assessoria Jurídica, e pelo fato de o despacho de autorização para licitar ser exarado por agente que não detém competência, asseverando, porém, nesta última infringência, que ante a divergência de posicionamento neste sentido entre ela e a Companhia estabeleceu-se um impasse. Reputou, ainda, irregular o Contrato, por derivar de Licitação maculada.

Sobre as irregularidades pendentes, a AJCE manifestou-se conforme parecer de fls. 371/382, no qual a I. Assessora de Controle Externo, Dra. Ana Flora de Toledo César, trouxe à tona parecer referente à competência para autorizar Licitações por delegação, extraído do TC 72-001.697.11-62 e do brilhante parecer de lavra da Dra. Hilda Eiko Kurata, que, em síntese, por interpretação sistemática do artigo 15, da Lei Municipal 13.278/02[6], concluiu que o cargo de Diretor Presidente da Companhia de Engenharia e Tráfego, sociedade de economia mista que integra a Administração Indireta municipal, equivale ao cargo de Secretário Municipal, dando respaldo à defesa apresentada pela CET, às fls. 329/354.

[6] Art. 15. A competência para autorizar a abertura de procedimento licitatório será dos Secretários Municipais ou de autoridades de nível equivalente na Administração Indireta, autárquica e fundacional, podendo ser delegada.

Em outro aspecto, a AJCE entendeu que apesar da ausência de aprovação da versão final do Edital pela Assessoria Jurídica daquela Companhia constituir irregularidade procedimental, por infringência ao disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, essa falha, por si só, não tem o condão de macular os Instrumentos analisados, considerando-se ademais, a inexistência de outras irregularidades e de prejuízos ao Erário. Diante disso, opinou pelo acolhimento excepcional do Pregão Presencial 04/11 e do Contrato 027/11, com as considerações destacadas.

Provocada a se manifestar, a PFM, às fls. 384/388, pugnou, com base nas manifestações de AJCE, pelo acolhimento excepcional do Pregão e Contrato, mediante a relevação ou convalidação das impropriedades formais apontadas. Propôs, alternativamente, na hipótese de rejeição, o acolhimento dos efeitos financeiros decorrentes da contratação em exame, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica e em razão da impossibilidade de retorno ao "status quo ante".

Em manifestação de fls. 390/393 e 394, SG albergando parecer da AJCE, e na inocorrência de prejuízo ao Erário, opinou igualmente pelo acolhimento excepcional do Procedimento Licitatório e do Contrato, sem prejuízo das determinações necessárias.

Determinada a intimação da Contratada, fl. 397, deixou ela de se manifestar, conforme certidão de fl. 400.

Por fim, às fls. 401/402, a PFM reiterou sua manifestação de fls. 384/388.

É o relatório.

VOTO

Ao longo da instrução, algumas irregularidades apontadas na análise inicial da SFC, alcançando o Pregão e o Contrato, foram superadas tendo por base os esclarecimentos da CET juntados às fls. 311/319 e 329/353.

Remanesceram, contudo, no Pregão Presencial 04/11 como irregularidades o Despacho de Autorização para licitar exarado por agente que não detém competência e ausência de aprovação da versão final do Edital pela Assessoria Jurídica da empresa. Já o Contrato 27/11 foi considerado irregular apenas por derivar de Licitação maculada.

No tocante à competência por delegação para autorizar a Licitação, como bem ressaltado pela I. Assessora da AJCE, fls. 371/382, o tema já foi por mim tratado na qualidade de Relator do TC 1.697/11-62, oportunidade em que, amparado no brilhante parecer da Dra. Hilda Eiko Kurata, transcrito às fls. 376/379 destes autos, entendi que o Diretor Presidente da Companhia de

Engenharia e Tráfego equipara-se, por interpretação sistemática do artigo 15, da Lei Municipal 13.278/02, ao cargo de Secretário Municipal, o qual tem competência legal para delegar a autorização para exarar despacho de abertura de Procedimento Licitatório.

Sendo assim, dou por superada essa questão.

Sobre o outro apontamento, estou convencido de que a falta de aprovação da versão final do Edital pela Assessoria Jurídica da CET, pode ser relevada, conforme, aliás, ensina o Jurista Marçal Justin Filho, "in verbis": "o descumprimento da regra do parágrafo único (art. 38) não vicia o procedimento se o edital ou o contrato não apresentarem vício[7]".

Ademais, como consta dos autos, a AJ da CET interveio no curso do procedimento propondo, inclusive, alterações na minuta do Edital.

Por fim, não se vislumbra no Certame vício ou mácula passível de fulminá-lo, não restando demonstrado prejuízo ao Erário.

Isto posto, com supedâneo nos pareceres das Áreas Técnicas desta Corte de Contas, julgo regulares o Pregão Presencial 04/2011 e o Contrato 027/2011, celebrado entre a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e a empresa Nutricash Serviços Ltda.

Determino, porém, que a CET observe com rigor os regramentos da Lei 8.666/93, em especial o disposto no parágrafo único do seu artigo 38.

[7] Justin Filho, Marçal - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 15ª edição – Editora Dialética - fl. 595.