EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.717.03-01

2º Julgado

RECURSOS. EX OFFICIO. VOLUNTÁRIO. Decisão que não conheceu a Tomada de Preços, não acolheu o contrato por ausência de autuação em processo administrativo e aceitou os efeitos financeiros. SPTRANS. Fornecimento e instalação de equipamentos e materiais. Rede de transmissão de dados. Gerenciamento de transporte urbano. Precedentes. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

TCs citados 391.03-65, 653.04-22 e 3.834.04-83

2.604ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATO. SPTRANS. Fornecimento e instalação de equipamentos e materiais. Serviços de rede. Ausência de autuação de processo. Precedentes. Art. 38, caput, Lei 8.666/93. NÃO CONHECIDA. IRREGULAR. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

TC's citados nºs 3.914.03-30, 3.916.03-65, 2.335.03-05, 5.132.02-45

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, 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 conhecer do recurso "ex officio", por regimental, e do voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e YARA TACCONI, em negar- lhes provimento, confirmando a R. Decisão atacada.

Vencido, quanto ao mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc" que, nos termos de seu voto apresentado em separado, deu-lhes provimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc", e YARA TACCONI.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, por motivo previamente justificado.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 07 de março de 2012.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise de recursos “ex officio” e voluntário, este interposto pela São Paulo Transporte S.A. contra r. Decisão da Segunda Câmara desta Corte, acostada às fls. 226/227, que, por maioria, com voto de desempate proferido pelo Presidente, não conheceu da Tomada de Preços n.º 011/2002 e não acolheu o Contrato n.º 2003/06, dela decorrente, tendo em vista a falta de autuação de processo administrativo, com infringência ao artigo 38, da Lei n.º 8.666/93[1], e, à unanimidade, aceitou os efeitos financeiros do citado ajuste, em razão de ausência de dano ao Erário.

[1] **Art. 38** - O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;

Inconformada, a Recorrente insurge-se contra referida Decisão, sustentando em suas razões, em resumo, que tem processo administrativo próprio, devidamente autuado, segundo os moldes internamente estabelecidos. Aduziu que o artigo 38, da Lei Federal n.º 8.666/93, ao estatuir que o processo administrativo deve ser devidamente autuado, estabelece uma certa margem de discricionariedade, sendo certo que o modo como a SPTrans o faz decorre de sua competência. Esclareceu que há um Comunicado de sua Presidência estabelecendo um padrão para todas as licitações, e que teria validade obviamente para o futuro.

Apontou, ainda, a existência de diversos TC´s, nos quais essa mesma desconformidade foi relevada, com acolhimento dos atos, conclusão essa que, por isonomia, deveria alcançar a hipótese dos autos. Invocou a possibilidade alternativa de convalidação do ato, em razão de não ter sido apontada lesão ao interesse público ou qualquer indício de prejuízo. Requereu, por fim, o acolhimento de suas razões, com a reforma da r. decisão atacada.

Ao analisar o recurso, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle sublinhou que, do exame dos documentos anexados aos autos, verifica-se que sua numeração está desacompanhada dos requisitos de formalidade necessários para garantir a confiabilidade do procedimento. Acrescentou que, na verdade, considera-se que, além da numeração, em cada folha são necessários dados como o número do procedimento, rubrica e carimbo do servidor que realizou a autuação ou a juntada. Concluiu, portanto, pela manutenção do decisum.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, preliminarmente, opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação vigente. No mérito, entendeu que as razões recursais não apresentam fatos novos capazes de alterar a Decisão recorrida, sendo semelhantes àquelas oferecidas no âmbito da Segunda Câmara. Opinou, assim, pelo não provimento do apelo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em sentido contrário, pugnou pelo provimento dos Recursos “ex officio” e voluntário, com a reforma do julgado de fls. 226/227, para que o Procedimento Licitatório e o Contrato sejam declarados regulares.

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
XI - outros comprovantes de publicações;
XII - demais documentos relativos à licitação.

Por último, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento e não provimento dos apelos sob apreciação, diante da ausência de argumentos novos capazes de ilidir a irregularidade apontada no v. acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O recurso voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade e o de ofício tem cabimento à luz do disposto no artigo 44 da Lei n.º 9.167/1980 e no artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno, ensejando, assim, seu conhecimento.

No que pertine ao mérito, a questão se restringe à falta de autuação de processo administrativo próprio, por parte da Recorrente, em afronta ao disposto no artigo 38 da Lei Federal n.º 8.666/93.

A falha não é nova, tendo sido constatada em inúmeros processos, entre outros, nos TC´s n.ºs. 72-000.391.03*65, 72-000.653.04*22, 72-003.834.04*83, sendo certo que em diversos julgamentos tenho manifestado meu entendimento no sentido da irregularidade do procedimento,por infringência ao dispositivo legal mencionado.

Assim, como aliás já deixei consignado, a falta de autuação do competente processo legal é infringência que a São Paulo Transporte vem praticando com insistência, em frontal contrariedade ao artigo 38 da Lei Federal n.º 8.666/93, que estabelece que: **"o procedimento licitatório será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa,..."**

Trata-se de providência inafastável, porque é o processo 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.

De outra parte, as razões recursais oferecidas não apresentam qualquer acréscimo aos argumentos desenvolvidos em sede Cameral, a possibilitar a revisão do decidido.

Por tais motivos, aos quais acresço as manifestações dos Órgãos Técnicos desta Casa, que também utilizo como fundamento, conheço dos recursos mas lhes nego provimento, confirmando a r. decisão atacada.

É o voto.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Em coerência com o entendimento por mim exarado no julgamento anterior e acompanhando a manifestação da PFM, voto pelo conhecimento e provimento dos recursos, a fim de acolher a licitação e o contrato, em face da tomada de providências da Origem com a adoção do PALC (Processo Administrativo de Licitações e Contratos), e, considerando que a autuação incompleta do processo administrativo, no caso concreto, não impediu o devido registro dos atos constitutivos, nem impossibilitou o exercício do Controle Externo na atuação da Auditoria desta Corte de Contas.

1º Julgado

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria. Decidem os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, consoante voto em separado apresentado pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim para efeito de desempate, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea “a”, ambos do Regimento Interno desta Corte, não conhecer do procedimento licitatório Tomada de Preços 011/2002 e não acolher o Contrato 2003/006, dele decorrente, tendo em vista a falta de autuação de processo administrativo, infringência ao artigo 38 da Lei Federal 8.666/93.

Decidem, entretanto, à unanimidade, tendo em vista não ter sido apontado, nos autos, dano ao Erário, aceitar os efeitos financeiros do ajuste. Vencido o Conselheiro Maurício Faria – Relator que, de conformidade com seu relatório e voto, entendendo que a falha detectada, de caráter formal, embora indesejável, é passível de relevação, no caso concreto, votou pelo acolhimento do procedimento licitatório tomada de preços e do contrato, deixando de fazer qualquer determinação ou mesmo impor qualquer tipo de penalidade ao agente responsável, considerando que a SPTrans, em face dos questionamentos deste Tribunal, conta, a partir de 2004, com o PALC – Processo Administrativo de Licitações e Contratos, visando a aperfeiçoar seus procedimentos nos termos da legislação. Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro Maurício Faria – Relator.

Presentes os Procuradores da Fazenda Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia e Francisco Collet e Silva.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de julho de 2010.

Roberto Braguim
Presidente, com voto

Antonio Carlos Caruso – Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do artigo 136, § 7º, combinado com o artigo 187, ambos do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata-se de examinar a Tomada de Preços nº 011/2002 e o Contrato nº 2003/006 dela decorrente, celebrado entre a SPTrans e a empresa Z.S. Serviços, Comércio, Importação e Exportação Ltda., tendo por objeto o fornecimento e instalação de equipamentos e materiais para serviços de rede de transmissão de dados para gerenciamento de transporte urbano diferenciado na Unidade Santa Rita.

A Auditoria posicionou-se pela irregularidade da licitação e do contrato, por haver constatado, na documentação verificada "in loco", a não realização de pesquisa de preços, contrariando o Decreto Municipal nº 41.772/2002, bem como a não autuação de processo administrativo, conforme exigido pelo artigo 38, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93, e pelo referido Decreto Municipal.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, considerando que a falta de autuação dos elementos necessários à perfeita instrução do processo de licitação macula o procedimento, por infringência ao artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93 e ao Decreto Municipal nº 41.772/02, propôs a intimação da Origem para defesa.

A SPTrans defendeu-se alegando cumprimento da lei, sustentando ser discricionário o modo de autuação de seus processos, tendo procedido à autuação do correspondente processo administrativo, com protocolo e numeração.

Quanto à planilha de orçamento objeto das observações feitas pela Auditoria, reportou-se às Requisições de Compras juntadas aos autos. Informou que foram consultadas três empresas, cujas respostas formais não foram juntadas, mas que seus valores foram tabulados no quadro constante de fl. 40 do processo, conforme indicado no Quadro Comparativo de Cotações, documento este que foi posteriormente juntado ao presente TC, em virtude de nova intimação.

Entendendo que a documentação em questão demonstrou haver a SPTrans realizado previamente a pesquisa de preços, a Auditoria reviu seu posicionamento anterior.

Todavia, ratificou seu entendimento no sentido da irregularidade da licitação e do contrato dela decorrente, tendo em vista não haver sido comprovada a autuação do correspondente processo administrativo.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, ressaltando ser matéria fática a questão detectada pela Auditoria, manteve seu pronunciamento anterior, no sentido da irregularidade dos atos ante a falta de autuação do processo administrativo, consoante exigido pela lei.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pronunciou-se no sentido de que as formas a serem observadas no trato com os processos são determinadas pela legislação local, não obstante o entendimento da Origem.

Discordou, porém, dos órgãos técnicos desta Corte, acrescentando não se poder confundir a inadequação na forma de exteriorização do processo com o fim por ele almejado. Ressaltou não haver nos autos notícia de prejuízos ao procedimento licitatório ou a terceiros e opinou pela regularidade da licitação e pelo acolhimento do contrato, sem prejuízo de recomendações à Origem.

A Secretaria Geral considerou relevável a falha em relação à autuação do processo, por entender terem sido observadas todas as etapas do procedimento licitatório, não se vislumbrando no contrato dolo, má-fé ou prejuízo ao Erário, tendo o referido ajuste produzido efeitos impossíveis de desfazimento.

Opinou, assim, pelo acolhimento dos atos praticados, com proposta de orientação à Origem no sentido da observância da legislação enfocada. É o relatório.

VOTO

Uma vez confirmada a realização de prévia pesquisa de preços, verifica-se que a única impropriedade a ser enfrentada diz respeito à desconforme autuação do correspondente processo administrativo da licitação ora em julgamento.

Acerca dessa específica matéria, reporto-me às considerações que embasaram os votos que proferi no âmbito dos TCs nºs 3.914.03-30, 3.916.03-65 e 2.335.03-05, entre outros, no sentido da existência de normas gerais cogentes para a instauração do procedimento licitatório, a exemplo do estatuído no artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93 e nos Decretos Municipais que regulamentam a Lei Municipal nº 13.278/02, diplomas, como é cediço, a que se submete a Administração Publica direta e indireta do Município.

Reitero, ainda, que a obrigatoriedade do cumprimento, pela Administração Pública, das regras procedimentais tem seu fundamento nos princípios constitucionais norteadores da ação administrativa, constituindo o processo um instrumento de garantia dos direitos individuais e dos meios de controle, de modo que eventual inexistência de legislação infraconstitucional disciplinadora da matéria não afastaria sua observância.

Por conseguinte, a alegada discricionariedade no que diz respeito à autuação do procedimento administrativo, conforme tese defendida pela Origem no presente feito, encontra limites e contornos claros decorrentes da própria Lei Maior, além destes estarem devidamente explicitados na legislação mencionada, e que não se restringem, frise-se, ao aspecto da autuação dos processos.

Contudo, há de se convir que o processo administrativo é um meio e não um fim em si mesmo. Por esta razão, ainda que haja falha na formalização do processo, ratifico meu entendimento precedente no sentido de que urge verificar, em cada caso concreto, o prejuízo ou comprometimento da finalidade para a qual se destinaria o processo administrativo falho.

Por outro lado, a instauração formal de processo administrativo completo pela SPTrans já foi enfrentada mais de uma vez por esta Corte e tem precedente firmado pelo E. Plenário, nos autos do TC nº 3.917.03-28, no qual se decidiu, à unanimidade, que, embora a ausência de instauração plena de processo administrativo, nos termos exigidos pelo artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93, constitua falha, esta não se reveste de gravidade suficiente para ensejar a irregularidade dos ajustes.

Naquela oportunidade, o E. Plenário considerou a existência de numeração de folhas do processo e a aposição, nelas, de rubrica do funcionário, conjuntamente com o surgimento do Comunicado da Presidência que instituiu o PALC – Processo Administrativo de Licitações e Contratos, para afirmar que somente a ausência de número cadastral do feito não seria fator suficiente para ensejar a rejeição da licitação e o não acolhimento do contrato.

Destacou-se, em especial, que a documentação ordenada daquela forma possibilitou o exercício do controle externo acerca dos respectivos atos administrativos. E, também no presente feito, apesar da constatação de falha na autuação, pode-se verificar que o procedimento seguiu uma sequência lógica e organizada de atos, demonstrando razoável confiabilidade na condução da licitação e, sobretudo, observância dos princípios regedores do procedimento licitatório.

Ademais, a propalada falha não inviabilizou o controle dos atos da Administração, não havendo tampouco indício de tratamento discriminatório dos participantes ou de prejuízo ao Erário.

Destarte, comungo do entendimento expressado nos presentes autos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, no

sentido de que a falha detectada, de caráter formal, embora indesejável, é passível de relevação, no caso concreto. Nestes termos, pelos fundamentos legais invocados nos votos a que antes me referi, e ora reiterados, voto pelo acolhimento da Tomada de Preços nº 011/2002 e do Contrato nº 2003/006, deixando de fazer qualquer determinação ou mesmo de impor qualquer tipo de penalidade ao agente responsável, considerando que a SPTrans, em face dos questionamentos deste Tribunal, conta, a partir de 2004, com o PALC – Processo Administrativo de Licitações e Contratos, visando a aperfeiçoar seus procedimentos nos termos da legislação.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Meu posicionamento, reiterado em casos como o dos autos, é no sentido de que a falta de autuação de processo traz como consequência a irregularidade do procedimento licitatório e do contrato.

A matéria, como já explanei em votos por mim proferidos na Sessão Ordinária de 6 de maio p.p., não é nova no Tribunal e, no passado, para coibir essa prática, foram expedidas determinações, assim como foram aplicadas multas, e, só mais recentemente, com o desacolhimento dos ajustes é que a empresa municipal veio a acatar as ordens desta Corte ao editar em Comunicado da sua Presidência de nº 35/04, relacionado com a autuação e tramitação dos seus processos licitatórios.

A respeito do assunto cite-se a lição de Marçal Justen Filho, trazida à colação pelo Sr. Secretário Geral, em sua manifestação de fls. 292/298 no TC nº 5.132.02-45:

> '... 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 do procedimento'
> (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Ed., pág. 486).

Destarte, em meu julgamento, a infringência à norma legal (art. 38 da Lei 8.666/93), praticada pelos agentes públicos, ao dificultar ou, até mesmo, obstar a verificação dos atos praticados por este órgão de fiscalização ocasiona a irregularidade do instrumento contratual, pela presunção da possibilidade de incidência de vícios nos elementos de sua formação.

Esta a razão que me leva a votar pelo não conhecimento da Tomada de Preços e não acolhimento do contrato dela decorrente. Entretanto,

tendo em vista não ter sido apontado nos autos dano ao Erário, aceito os efeitos financeiros do ajuste.