

TC/018191/2019

Objeto: Sistema - Solicitação de instauração de procedimento de fiscalização para análise de notícia veiculada no Jornal "Folha de São Paulo" - Sistema de Cadastramento de Grandes Geradores - AMLURB

Interessado(s): Autoridade Municipal de Limpeza Urbana/Fundo Municipal de Limpeza Urbana, Autoridade Municipal de Limpeza Urbana/Fundo Municipal de Limpeza Urbana, Carlos Eduardo Balotta Barros de Oliveira, Evaldo Azevedo, David Tegangno, Green Plataforms Gerenciamento de Dados Ltda.

Relator: Roberto Braguim

Competência: PLENO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR

Acompanho o parecer elaborado pela ilustre assessora preopinante quanto ao fato de a presente Inspeção ter cumprido seus objetivos, podendo ser conhecida para fins de registro, sem prejuízo de eventuais determinações à Origem que o Egrégio Pleno desta Corte de Contas considere oportunas.

Em acréscimo, reputo importante trazer à baila considerações voltadas à apreciação jurídica do quanto apontado pela Subsecretaria de Controle Externo, sempre no intuito de auxiliar a tomada de decisão por parte do Exmo. Conselheiro Relator.

A Equipe de Auditoria, em seu minucioso Relatório de Inspeção, afirma a existência de três nulidades no instrumento do contrato de doação (fls. 29/37), as quais, salvo melhor juízo, reclamam a exposição de aspectos hermenêuticos adicionais no âmbito estritamente jurídico.

Sustenta, inicialmente, que o contrato é **nulo em razão de vício de forma** (itens 3.6.1 e 4.2.1 do Relatório), uma vez que o seu conteúdo se consubstancia em cessão de direito de uso de *software* e não em doação propriamente dita, já que não haverá a transferência da titularidade do programa (código fonte) para a donatária

(Administração Pública), ao final da vigência do ajuste, mas apenas o uso gratuito, durante dado período.

Quanto a esse primeiro aspecto, mister lembrar que o regime jurídico de Direito Público não contempla todas as normas de interpretação de contratos, tanto assim que o art. 54¹, *caput*, da Lei 8.666/1993 (basilar à matéria contratual na seara do direito administrativo), determina aplicação supletiva dos princípios que regem a teoria geral dos contratos, bem como das disposições do direito privado na interpretação de contratos administrativos.

Nessa toada, impõe-se reconhecer que a existência de imprecisão na definição do *nomem iuris* de negócio jurídico contratual não invalida por si só o ajuste, sendo certo que o conteúdo da contratação deve se sobrepor a eventual equívoco na nomeação que se lhe tenha atribuído.

O art. 112² do Código Civil, um dos dispositivos legais norteadores da interpretação de negócios jurídicos, determina que o sentido literal da linguagem deve ceder espaço à efetiva vontade das partes ou, acrescento, ao conteúdo essencial da contratação.

O intento das partes era claramente o de ceder o uso de um objeto (o *software* descrito na cláusula 1.2), de modo gratuito (em regime jurídico aproximado da figura do comodato), pelo período de sete anos (cláusula 6.1). Essa questão

¹ 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.

² Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

não deixa qualquer dúvida, sendo certo que a própria *Especializada* a reconhece, mas o faz entendendo pela nulidade da contratação.

Observe-se que as cláusulas contratuais, muitas das quais reproduzidas no Relatório da Auditoria, permitem compreender a natureza jurídica da avença na esteira do quanto afirmado.

Oportuno, ainda, lembrar que o Decreto municipal n. 58.102/18 prevê, no art. 1º, a sua aplicação para “doações e *comodato* de bens, exceto imóveis”.

Como se sabe, o contrato de comodato é tratado pela doutrina como “empréstimo de uso”, uma vez que o comodatário utiliza o objeto (bem infungível) e o restitui ao comodante, na esteira do que vislumbramos na contratação tratada nestes autos, com adaptação para a aplicação adequada à cessão de software, pelas peculiaridades do objeto, as quais geraram até mesmo legislação específica (Lei federal 9.609/98) voltada à proteção da propriedade intelectual, sem contudo desfigurar o quanto de essencial se apresenta e que ora se expõe.

Assim, não vislumbro a alegada nulidade por vício de forma. Na seara jurídica, o vício de forma se apresenta quando não atendida formalidade essencial exigida por lei. Não é esse o caso dos autos, mas sim de uso de termo inapropriado na designação de contrato administrativo. Reafirme-se, entretanto, que a natureza jurídica da avença resta clara com base em suas cláusulas e merece a devida consideração do intérprete.

De igual modo, não verifico a ocorrência de **nulidade em razão de vício de finalidade** (itens 3.6.2 e 4.2.2 do Relatório), como afirma a Equipe Técnica, pelo fato de a cedente do *software* ter acesso ao banco de dados, de forma privilegiada, e poder,

com isso, obter uma vantagem concorrencial e ganhos econômicos, em detrimento dos demais operadores de sistemas que atuam nesse mercado restrito.

Apesar de reputar indiscutível a existência de fragilidades envolvidas nesse aspecto, visto que, conforme afirma a Auditoria, “não foram localizadas cláusulas que proíbam que a empresa faça uso dos dados do sistema”, mas sim “a cláusula 4.2.b que garante à empresa acesso aos dados e informações imputados no CTRE (peça 12)”³, não me parece que o tema se revele apto a acarretar a nulidade do contrato.

Não penso ser possível afirmar, com base naquilo que resta acostado ao TC, que o interesse da Origem no uso do sistema não foi atingido. Ao contrário, a utilidade de tal ferramenta é reconhecida.

Por outro lado, a ausência de cláusula específica vedando o uso de dados pela empresa cedente alerta para possível fragilidade.

Não se pode, porém, afirmar que a finalidade da contratação foi o uso irregular dos dados do sistema pela empresa, desvirtuando os fins declarados para a contratação.

Ressalte-se que o contrato em apreço se deu antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD - Lei federal n. 13.709/18. Tal diploma legal passou a expressamente disciplinar a proteção de dados pessoais, destinando, inclusive, capítulo específico ao tratamento realizado pelo Poder Público.

³ 4.2. A Donatária se compromete a:

(...)

(b) autorizar a DOADORA o acesso aos seus dados e informações imputadas na CTRE”.

Oportuno que a Origem reavalie contratações que possam de algum modo implicar violações à LGPD, sob o advento desse novo marco legal, na medida em que os critérios para tratamento de dados pessoais, mesmo pelo Poder Público, foram significativamente aprofundados.

Sem prejuízo disso, deve-se reconhecer que a abordada ausência de cláusula específica não deve ser alçada à condição de requisito de validade do contrato, de sorte a fulminar juridicamente o ajuste.

Deve ser levado em consideração que a finalidade desse contrato administrativo era a “melhoria no desempenho das atividades de prestação de serviços ao cidadão, redução dos gastos, aumento da eficiência, transparência e participação social, otimizando os recursos público e viabilizando projetos de gestão” (fl. 04 da peça 19), o que parece ter sido alcançado pelas informações prestadas pela própria Amlurb (peça 49).

Se a cedente do software teve acesso aos dados e utilizou esse acesso de maneira irregular, penso que cabe à Origem, diante das fragilidades apontadas na Inspeção em apreço, instaurar procedimento específico com o objetivo de que reste materializada essa conduta, não sendo adequado a esta Corte de Contas afirmar tal uso irregular a partir de, salvo melhor juízo, suposições fundadas na constatação de vulnerabilidades do sistema e da forma como é operacionalizado.

A imputação de condutas ilícitas por autoridades públicas a respeito de agentes públicos e privados deve encontrar mínimo respaldo nos elementos presentes em autos processuais que tenham por objeto a apuração específica de tais condutas, o que não parece ser o caso destes autos. Daí a razão para que a Origem promova a devida e competente apuração e, com base nos resultados de tal atividade, leve a cabo a oportuna responsabilização.

A Auditoria também apresentou argumento pela **nulidade em razão de vício no objeto** (itens 3.6.3 e 4.2.3 do Relatório), entendendo que o acesso ao sistema pela empresa *Green Plataforms* consiste em delegação do poder de polícia da Amlurb.

De igual modo, penso que tal afirmação, ao menos da perspectiva jurídica e com base no que consta dos autos, não pode ser feita.

A execução do objeto contratual, quando muito, pode ter implicado a transferência do exercício da atividade-meio, que é a manutenção da plataforma, como modo de viabilizar e otimizar os processos de fiscalização por parte da Origem, o que, segundo a própria Auditoria “se tornou fundamental para o processo de fiscalização e controle da Amlurb” (fl. 32 do Relatório).

Nesse contexto, tratando-se de sistema que se presta ao exercício de atividades fiscalizatórias pela Origem (especificamente pela Amlurb), a cedente auxiliou na operação do software, mas não substituiu a Origem no exercício de seu poder de polícia, não sendo o caso de se falar em delegação dessa função, mas sim em atividade de apoio para que a pessoa jurídica competente pudesse exercer esse mister de maneira mais efetiva e célere.

Além disso, ainda quanto às alegadas nulidades que parecem inaplicáveis ao presente caso, cabe afirmar que a Auditoria fundamenta esse entendimento em dispositivos da Lei de Ação Popular (Lei federal 4.717/65), cujo texto exige a demonstração de efetiva lesão ao patrimônio das entidades constantes de seu art. 1º.

No presente caso, o que se cogita, inclusive a partir das notícias que deram base à instauração deste TC, é eventual vantagem da cedente/contratada

decorrente do uso de dados do sistema e não propriamente lesão direta ao patrimônio de entidades públicas, às quais, ao menos de acordo com o que acostado aos autos pela Origem, lograram êxito em aprimorar a prestação do serviço com a utilização do software cedido.

Por fim, informo que o r. despacho da peça 24 não foi integralmente cumprido, diante da ausência de intimação pessoal do **Sr. Edson Tomaz de Lima Filho**.

Ademais, quanto ao **Sr. Carlos Eduardo Balotta Barros de Oliveira**, parece-me que o e-mail endereçado à AMLURB não supre a necessidade de sua intimação pessoal, por e-mail particular ou institucional endereçado à pessoa do intimado.

Sendo essas as ponderações de ordem jurídica que me parecem cabíveis neste momento, entendo que a presente Inspeção cumpriu seus objetivos, podendo ser conhecida para efeito de registro, sem prejuízo da adoção das providências ligadas às intimações supra citadas e de determinações à Origem que o E. Pleno entenda pertinentes.

Destarte, submeto à superior deliberação de Vossa Excelência.

São Paulo, 9 de março de 2023 .

Luiz Fernando C. Prudente do Amaral
Assessor Subchefe de Controle Externo

LFCPA/MBV