TC 481/2006

3º Julgado – 2ª Sessão Ordinária Não Presencial
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Opostos em face do v. Acórdão de 05/4/2017. Decisão que negou provimento aos recursos. Serviços de suporte técnico, operação assistida e manutenção evolutiva. Sistema de bilhetagem eletrônica. SPTRANS. 1. Não há divergência referente à publicação extemporânea no SERI, eis que é matéria a ser tratada por recurso ordinário. Arts. 144 e 147, § 1º, RITCMSP. 2. Não há falta de clareza, uma vez que o art. 136, § 1º, do RITCMSP permite a remissão expressa a peças dos autos. 3. Não existe omissão quanto ao reconhecimento dos efeitos financeiros, uma vez que consta do primeiro julgado a não aceitação dos efeitos financeiros. 4. Ilegitimidade de parte é matéria de defesa que deve ser ventilada por meio e recurso ordinário. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2º Julgado - 2.917ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o Contrato, não aceitou os efeitos, aplicou multa e determinações. Serviços especializados de suporte técnico, operação assistida e manutenção evolutiva. Sistema de bilhetagem eletrônica. Integração do Bilhete Único Municipal com o Sistema Metropolitano sobre Trilhos. SPTRANS. AFASTADA a preliminar de infringência ao contraditório e cerceamento de defesa da empresa Digicom S.A. Votação por maioria. REJEITADA a preliminar de ilegitimidade de parte, da empresa retrocitada. ACOLHIDA a arguição de ilegitimidade de parte do Senhor José Carlos Martinelli e anulada a penalidade imposta a ele. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

1º Julgado - 2.697ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. EXCLUSIVIDADE. SPTRANS. Serviços especializados de suporte técnico, operação assistida e manutenção evolutiva. Sistema de bilhetagem eletrônica. Integração do Bilhete Único Municipal com o Sistema Metropolitano sobre Trilhos. Art. 25, caput, Lei 8.666/93. Não caracterizada a

inexigibilidade de licitação. Ausências de: justificativa de preços, comprovação de exclusividade, publicação do despacho de autorização. Remessa extemporânea de documentação ao SERI. Art. 37, XXI, CF. Arts. 2º, 3º e 26, III, Lei 8.666/93. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETEMINAÇÕES. Votação unânime.
Legislação citada: Art. 25, caput, Lei 8.666/93. Art. 37, XXI, CF. Arts. 2º, 3º, 25, "caput" e 26, III, Lei 8.666/93. Instr. 01/02-RITCMSP.
TCs citados 72-002.205.08-04, 72-002.208.08-94.

3º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

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 dos embargos de declaração opostos pela São Paulo Transportes S/A e pelos Senhores Gerson Luiz Martines e Ulrich Hoffmann, por tempestivos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, no mérito, em negar-lhes provimento, pelas seguintes razões:

- Nos recursos interpostos pela SPTRANS e pelo Sr. Ulrch Hoffmann, a alegação da existência de acordão divergente na temática referente à publicação extemporânea no SERI é matéria a ser tratada por recurso ordinário, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal (art. 147, § 1º), e não em embargos de declaração (art. 144), que se prestam a esclarecer pontos obscuros, contraditórios ou omissos de decisão ou de acordão;

- Não prosperam suas alegações relativas à falta de clareza do Acordão, por estar desacompanhado do relatório e voto do Conselheiro Relator, além das peças nele mencionadas, tendo em vista que o artigo 136, § 1º do Regimento Interno desta Corte permite a remissão expressa a peças dos autos no relatório e na fundamentação dos Acórdãos. Demais disso, o relatório e o voto estão insertos às fls. 527/528 e 538 dos autos, sendo certo que os recorrentes foram devidamente intimados do Acórdão, de modo que poderiam ter exercido o direito de vista dos autos e solicitação de cópias das peças que o instruem.

- Não cabe falar na omissão quanto ao reconhecimento dos efeitos financeiros, uma vez que consta do primeiro julgado a decisão pela irregularidade do contrato e pela não aceitação dos efeitos financeiros, bem como determinação

para apuração dos prejuízos, a qual restou mantida, com a menção expressa, no segundo julgado, de sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

- Quanto ao recurso do Sr. Gerson Luiz Martines, a alegação quanto à ilegitimidade de parte é matéria de defesa que deveria igualmente ter sido ventilada por meio de recurso ordinário em face do primeiro Acórdão, do qual foi regularmente intimado, conforme fls. 337/338 dos autos. Note-se, inclusive, que, conforme consta de fls. 339, o recorrente teve vista dos autos e chegou a se manifestar às fls.342. Além disso, como pelo apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, não tem este Tribunal competência para determinar à SPTrans que concedesse ao recorrente acesso à documentação que entendia necessária à sua defesa.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

São Paulo, 19 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente de recursos de embargos de declaração opostos pela São Paulo Transportes S/A – SPTrans, pelo Sr. Gerson Luiz Martines e pelo Sr. Ulrich Hoffamann, em face do Acordão prolatado em data de 5.4.2017, que apreciou recursos voluntários interpostos contra o Acordão proferido em data de 4.9.2013.

1. Cumpre, em síntese, ressaltar que, pelo Acórdão proferido em 04.09.2013, foi julgado irregular o Contrato 2005/029, firmado entre a São Paulo Transportes S.A. e a empresa Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica, tendo por objeto a prestação de serviços técnico especializados de suporte técnico, operação assistida e manutenção evolutiva para o Sistema de Bilhetagem Eletrônica, com a finalidade de integrar o Bilhete Único, sem aceitação dos efeitos financeiros e determinação de aplicação de multa aos responsáveis, além de apuração de responsabilidades e de eventuais prejuízos, com vistas ao ressarcimento do montante apurado.

Contra referido Acordão foram interpostos recursos voluntários, aos quais, no mérito, foi negado provimento, conforme Acordão prolatado em data de 05.04.2017.

Nos embargos de declaração apresentados em face do último Acordão mencionado, alegou a São Paulo Transportes, em resumo:

- falta de clareza, em razão do Acordão não estar acompanhado do respectivo relatório e voto do Conselheiro Relator, bem como das cópias das manifestações nele citadas;

- omissão quanto à aceitabilidade dos efeitos financeiros, uma vez que a empresa somente se manifestou a respeito disso em grau recursal, e

- existência de conflito entre o V, acordão e outro proferido em igual questão de direito, quanto à temática da remessa extemporânea de informações sobre o ajuste a este Tribunal, em descumprimento ao prazo fixado na Instrução 01/02.

O Sr. Gerson Luiz Martines, por sua vez, alegou omissão quanto à análise da alegação de cerceamento de defesa, em razão de não lhe ter sido fornecido amplo acesso aos documentos dos autos, e, ainda, por não ter sido atendida sua solicitação de intimação à SPTrans para que lhe concedesse acesso aos documentos e informações necessárias à sua defesa.

Alegou, também, omissão do Acordão quanto à sua alegação de ilegitimidade de parte.

Por fim, o Senhor Ulrich Hoffmann alegou em seus embargos:

- omissão do Acordão guerreado quanto ao não acompanhamento do Relatório, do voto do Conselheiro Relator e das peças nele mencionadas;

- omissão quanto à aceitabilidade dos efeitos financeiros e, também, assim como fez a SPTrans, existência de conflito entre o V. Acordão e outro quanto ao tema da remessa extemporânea de informações relativas ao ajuste a esta Corte.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, no que diz respeito aos apelos opostos pela SPTrans e pelo Sr. Ulrich Hoffmann, que impugnam questões idênticas, aduziu, quanto ao juízo de admissibilidade, que tais recursos merecem ser conhecidos apenas quanto à falta de clareza do Acordão e omissão quanto aos efeitos financeiros, uma vez que, no tocante à existência de acordão divergente na temática referente à publicação extemporânea no SERI, a matéria deve ser tratada por recurso ordinário, nos termos do Regimento Interno

deste Tribunal (art. 147), e não em embargos de declaração, que se prestam a esclarecer obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

Demais disso, ainda que assim não fosse, a alteração pleiteada não mudaria o resultado do julgamento, que se fundou na ausência de licitação e na falta de justificativa de preços.

Quanto ao recurso apresentado pelo Senhor Gerson Luiz Martines, entendeu a Assessoria Jurídica desta Corte também ser o caso do conhecimento parcial, posto que a ilegitimidade de parte é matéria de defesa que deveria ter sido ventilada por meio de recurso ordinário em face do primeiro Acordão, do qual foi regularmente intimado conforme fls. 337/338 dos autos.

Quanto ao mérito dos recursos da SPTrans e do Sr. Ulrich Hoffmann, manifestou-se a d. Assessoria no sentido de que as alegações de falta de clareza do V. Acordão, sob o argumento de estar desacompanhado do Relatório e voto do Conselheiro Relator, além das peças nele mencionadas, não se sustentam, em primeiro lugar porque o artigo 136, § 1º do Regimento Interno desta Corte permite a remissão expressa a peças dos autos no relatório e na fundamentação dos Acórdãos.

Em segundo lugar, tanto o Relatório, quanto o voto do Conselheiro Relator, estão insertos às fls. 527/528 e 538 dos autos, sendo certo que os recorrentes foram devidamente intimados do Acordão, de modo que poderiam ter exercido o direito de vistas dos autos e solicitação de cópias das peças que o instruem.

Constata-se, ademais, conforme bem apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que às fls. 574 verso há declaração da patrona de um dos embargantes de que compareceu a este Tribunal e retirou cópias digitais, após vistas dos autos.

No que diz respeito à alegação de omissão quanto à aceitabilidade dos efeitos financeiros, a d. Assessoria, após trazer aos autos as conclusões alcançadas sobre o tema em outro expediente, entendeu improcedente a alegação, afastando a existência de omissão, porquanto consta do primeiro julgado a decisão pela irregularidade do contrato, pela não aceitação dos efeitos financeiros, bem como determinação para apuração dos prejuízos.

No tocante ao mérito do recurso do Sr. Gerson Luiz Martins, registrou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, quanto a alegação de cerceamento de defesa, que não se negou acesso aos documentos dos autos, uma vez que a intimação que lhe foi encaminhada continha informação expressa de que os autos estariam à disposição para vistas e que estava autorizada a extração de cópias.

Aduziu, também, não haver que se falar na procedência quanto à solicitação de que esta Corte determinasse à SPTrans que fornecesse ao

recorrente os documentos necessários à sua defesa, eis que não tem este Tribunal competência para determinar aos órgãos públicos o fornecimento de informações a terceiros.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo conhecimento dos embargos e, no mérito, providos para o fito de que reste apreciado e julgado o aspecto relativo à aceitação ou não dos efeitos decorrentes dos ajustes.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento manifestado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, manifestando-se pelo conhecimento parcial dos embargos e, no mérito, pelo não provimento de nenhum deles.

É o relatório.

VOTO

1 – Conheço dos Embargos de Declaração opostos pela São Paulo Transportes S/A – SPTrans, pelo Sr. Gerson Luiz Martines e pelo Sr. Ulrich Hoffamann, por tempestivos.

2 – No mérito, nego-lhes provimentos, pelas seguintes razões:

Nos recursos interpostos pela SPTRANS e pelo Sr. Ulrch Hoffamann, de idêntico teor, como bem ressaltado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, a alegação da existência de acordão divergente na temática referente à publicação extemporânea no SERI é matéria a ser tratada por recurso ordinário, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal (art. 147, § 1º), e não em embargos de declaração (art. 144), que se prestam a esclarecer pontos obscuros, contraditórios ou omissos de decisão ou de acordão.

Também não prosperam suas alegações relativas à falta de clareza do V. Acordão, por estar desacompanhado do Relatório e voto do Conselheiro Relator, além das peças nele mencionadas, tendo em vista que o artigo 136, § 1º do Regimento Interno desta Corte permite a remissão expressa a peças dos autos no relatório e na fundamentação dos Acórdãos. Demais disso, o Relatório e o voto estão insertos às fls. 527/528 e 538 dos autos, sendo certo que os recorrentes foram devidamente intimados do Acordão, de modo que poderiam ter exercido o direito de vistas dos autos e solicitação de cópias das peças que o instruem.

Não cabe também falar na omissão quanto ao reconhecimento dos efeitos financeiros, uma vez que consta do primeiro julgado a decisão pela irregularidade do contrato e pela não aceitação dos efeitos financeiros, bem como determinação para apuração dos prejuízos, a qual restou mantida, com a

menção expressa, no segundo julgado, de sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Quanto ao recurso do Sr. Gerson Luiz Martines, a alegação quanto à ilegitimidade de parte é matéria de defesa que deveria igualmente ter sido ventilada por meio e recurso ordinário em face do primeiro Acordão, do qual foi regularmente intimado conforme fls. 337/338 dos autos. Note-se, inclusive, que, conforme consta de fls. 339, o recorrente teve vista dos autos e chegou a se manifestar às fls.342. Além disso, como pelo apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, não tem este Tribunal competência para determinar à SPTrans que concedesse ao recorrente acesso à documentação que entendia necessária à sua defesa.

Após as medidas regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

É como voto.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, após vista concedida na 2.913ª S.O., ocasião em que o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM desempatou a preliminar do cerceamento de defesa formulada pela Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica, bem como o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator votou sobre o mérito recursal. Na Sessão Ordinária 2.823 a matéria foi relatada ao Egrégio Plenário, oportunidade em que o Doutor Luiz Fábio Rogado Mietto, representante do Senhor José Carlos Nunes Martinelli, proferiu sustentação oral, nos termos do artigo 164 do Regimento Interno desta Corte, bem assim houve apreciação dos pressupostos de admissibilidade dos recursos e apreciação das preliminares arguidas.

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 dos recursos interpostos, por serem tempestivos e por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 138 e seguintes do Regimento Interno, bem como no artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e EDSON SIMÕES, 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 afastar a preliminar de infringência ao contraditório e cerceamento de defesa, arguida pela empresa Digicon

S.A. Controle Eletrônico para Mecânica, considerando que a empresa foi devidamente intimada do V. Acórdão de fls. 293/299, apresentando, inclusive, o recurso ordinário de fls. 394/406, deduzindo suas razões de defesa; garantindo-lhe a ampla defesa e o contraditório, princípios norteadores do processo.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, com voto proferido em separado, e JOÃO ANTONIO que acolheram a preliminar de cerceamento de defesa.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte, porquanto a empresa retrocitada é terceira interessada, nos estritos termos do artigo 105 e seguintes do Regimento Interno desta Corte, combinado com o artigo 14 da Lei Municipal 14.141/2006.

ACORDAM, também, à unanimidade, em acolher a arguição de ilegitimidade de parte do Senhor José Carlos Nunes Martinelli, uma vez que o parecer por ele emitido é meramente opinativo, além de não ter competência para autorizar a contratação ora questionada, conforme previsto nos Estatutos Sociais da São Paulo Transporte S.A., anulando a penalidade a ele imposta.

ACORDAM, também, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar provimento aos recursos, pois as razões deduzidas pelos recorrentes não trouxeram argumentos aptos a alterar as conclusões expendidas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Casa, às fls.199/203, 261/263 e 438/443, e em manter o v. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à São Paulo Transporte S.A. para que informe esta Corte de Contas sobre as providências adotadas com relação a apuração das responsabilidades dos agentes que deram causa às ilegalidades cometidas na contratação com a Digicon e dos eventuais prejuízos causados ao erário, nos termos prolatados no Acórdão recorrido.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Examinam-se recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela São Paulo Transportes – SPTRANS, pela contratada Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica e pelo Sr. José Carlos Nunes Martinelli, todos objetivando a reforma do V. Acórdão proferido em 04.09.13, bem como da análise da documentação encaminhada pelo Sr. Gerson Luiz Martines.

O V. Acórdão, decidiu, à unanimidade, pelos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Maurício Faria e Domingos Dissei, em conformidade com o relatório e voto do Relator, Conselheiro Edson Simões, em julgar irregular o Contrato 2005/029, em virtude de:

- Falta de justificativa de preços, limitada à estimativa de custos sem o devido detalhamento de itens, apresentada pela própria empresa contratada, infringindo o inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, pois, ao aceitar a proposta da empresa sem contrastá-la com pesquisa de mercado, a Origem deixou de buscar o melhor negócio, violando o princípio da vantajosidade, inserto no artigo 3° da mencionada Lei;

- Remessa extemporânea de informações sobre o ajuste a este Tribunal de Contas, descumprindo o prazo fixado nas Instruções 01/02;

Decidiu, ainda, pela não aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, bem como pela aplicação, a cada um dos Signatários do Relatório Técnico de fls. 5 e 6 e ao Signatário do ajuste identificado às fls. 25/48 dos autos, a multa no valor de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80. Ao final, determinou a expedição de ofício:

1 - À Câmara Municipal de São Paulo e respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Transporte Coletivo, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, ao Secretário Municipal de Transportes, à Controladoria Geral do Município e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia do inteiro teor do relatório e voto do Relator e deste Acórdão.

2 - À São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que tome ciência do quanto deliberado pelo Plenário desta Casa, com remessa de cópia do inteiro teor deste Acórdão, e para adotar as seguintes providências:

2.1 - instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às ilegalidades perpetradas e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao erário derivados da contratação irregular;

2.2 - apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante apurado;

2.3 - informar a este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do Acórdão, sobre as providências adotadas e os respectivos resultados.

2.4 - a juntada de cópia deste Acórdão aos processos TCs 72-002.205.08-04 e 72-002.208.08-94, nos quais se analisam contratos correlatos ao ora apreciado.

Nos termos da proposta do Conselheiro Domingos Dissei, foi também determinado à Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal que procedesse ao acompanhamento do Contrato 2008/0359.

Em seguimento, os recorrentes postulam:

- que os recursos sejam conhecidos e providos para o fim de reformar o V. Acórdão recorrido, de modo a ser acolhido o Contrato, tornando insubsistentes as multas cominadas, reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais do citado Contrato (objeto do TC 72-000.481.06-30)

- ainda, em preliminar a empresa Digicon alegou ilegitimidade de parte, o cerceamento à ampla defesa e infringência ao contraditório, requerendo seja este processado declarado nulo, "ab initio", ante a sua falta de intimação.

Do exame dos autos, verifico que a AJCE entendeu por conhecer dos recursos por serem tempestivos e preencherem os requisitos de admissibilidade.

Acolheu a preliminar de ilegitimidade de parte do Sr. José Carlos Nunes Martinelli, tendo em vista a ausência de responsabilidade do recorrente por eventual ilegalidade na contratação ora em discussão.

Acolheu a preliminar alegada pela Digicon quanto à violação da garantia constitucional de observância do devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de que seja feita nova instrução processual com a participação da Recorrente Contratada.

No mérito, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo não provimento dos recursos interpostos, mantendo-se o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A PFM entendeu que os recursos merecem ser conhecidos, acolhendo-se as preliminares levantadas pela empresa Digicon e pelo Sr. José Carlos Nunes Martinelli.

No mérito, requereu o provimento de todos os recursos interpostos. A Secretaria Geral, instada novamente a se manifestar, em seu parecer, entendeu por conhecer dos recursos interpostos por preencherem os requisitos de admissibilidade. Afastou a preliminar arguida pela contratada Digicon com apoio no artigo 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

No Mérito, opinou pelo provimento parcial do recurso interposto por José Carlos Nunes Martinelli, a fim de afastar a penalidade a ele aplicada, na medida em que o parecer por ele ofertado era de caráter não vinculativo, segundo manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Quanto aos demais recursos concluiu a Secretaria Geral pelo não provimento na esteira das manifestações precedentes.

É o relatório (2.823ª S.O.).

Preliminar:

1 - CONHEÇO dos recursos interpostos por tempestivos e por preencherem os requisitos de admissibilidade dos artigos 138 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, bem como do artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.

2 - A recorrente empresa Digicon levantou duas preliminares, a de infringência ao contraditório e ampla defesa com consequente nulidade processual, e a de ilegitimidade de parte.

3 - Com efeito, compulsando os autos, constato que na linha dos Órgãos Técnicos, Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, a recorrente contratada Digicon não foi intimada para ter conhecimento do procedimento de fiscalização na fase da coleta de dados, conforme comando do artigo 5° inciso II da Lei 14.141/06 e artigo 116 do Regimento Interno deste Tribunal, não tendo tido oportunidade de se manifestar no curso da instrução.

4 - No entanto, foi devidamente intimada do V. Acórdão de fls. 293/299, apresentando, inclusive, o Recurso Ordinário de fls. 394/406, onde deduziu suas razões de defesa.

5 - No caso em exame, verifica-se que, mesmo reconhecendo que a recorrente deveria ser intimada na fase de instrução processual, a intimação feita à Digicon quando da prolação do V. Acórdão atingiu seus objetivos, (princípio da finalidade) sendo certo que foi garantida a ampla defesa e o contraditório, princípios norteadores do processo.

6 - Desta forma, com o seu ingresso nos autos, a referida falha foi suprida, sendo desnecessário que nova intimação seja promovida.

7 - "Ipso fato", os princípios constitucionais do processo foram garantidos, pois, no presente caso, vale frisar, consubstanciou-se o suprimento da intimação com o comparecimento da empresa contratada ora recorrente nesse momento processual.

8 - A respeito do tema, entendo serem aplicáveis os princípios da celeridade e da economia processual e da finalidade.

9 - Vale lembrar que, pelo princípio da economia processual busca-se a obtenção de maior resultado com o menor uso de atividades processuais, ou seja, menor número de atos, bem como o aproveitamento dos atos que não forem prejudicados pelo vício, desde que não traga prejuízos para as partes, o que não ocorreu na espécie.

10 - Assim sendo, os princípios ora invocados, numa visão atual dentro do Direito Processual, há que se oferecer soluções efetivas e tempestivas.

11 - Portanto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa, bem como a de infringência ao princípio do contraditório levantada pela Digicon, aplicando-se os princípios processuais da celeridade, da economicidade, aproveitando-se aos atos já praticados neste processado e avançando na marcha procedimental.

12 - Rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte, porquanto a Digicon é sim Terceira Interessada nos estritos termos dos artigos 105 e seguintes do Regimento Interno desta Corte, combinado com o artigo 14 da Lei 14.141/2006. Feito isso, sem violentar os princípios constitucionais do processo, supera-se eventual formalismo.

13 - Ao contrário do que alega a recorrente contratada Digicon, ela é sim parte legítima para figurar no polo passivo deste processado, visto ser terceira interessada nos exatos termos do artigo 105 do Regimento Interno deste TCM, combinado com o artigo 14 da Lei 14.141/2006.

14 - Acolho a arguição de ilegitimidade de parte do Sr. José Carlos Nunes Martinelli, uma vez que o parecer por ele emitido é meramente opinativo, além de não ter competência para autorizar a contratação ora questionada, conforme previsto nos Estatutos Sociais da SPTRANS, razão pela qual deve ser anulada a penalidade a ele imposta na esteira do entendimento da AJCE.

VOTO EM SEPARADO acerca da preliminar proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço dos recursos interpostos, visto que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 138 do RITCM e art. 45 da Lei Orgânica. De início, analiso a matéria apresentada em sede de preliminar pela empresa contratada

DIGICON S/A CONTROLE ELETRÔNICO, posto que prejudicial à análise de mérito dos recursos, e merece enfrentamento pelo E. Tribunal Pleno, dada sua natureza constitucional.

A situação estampada no exame do caso concreto, semelhante àquela já apreciada por esta Corte quando do julgamento do TC 72-000.482.06-01, demonstra que este Recorrente não foi intimado na fase processual instrutória, para efeito do exercício da ampla e prévia defesa, vindo a tomar conhecimento do quanto processado somente quando de sua intimação para conhecer do v. Acórdão de fls. 300/302, que julgou irregular o contrato 2005/029 firmado com a SPTRANS, sem aceitação dos efeitos financeiros produzidos, e aplicação de multa aos responsáveis.

Conforme entendimento por mim já fixado naquela oportunidade, tenho pra mim que o exercício da ampla defesa tem referência expressa no artigo 121 do Regimento Interno desta Corte, a par de ser um direito previsto constitucionalmente, enquanto garantia assegurada às partes em todas as etapas do processo, de forma que a oportunidade de apresentação de alegações de defesa ou justificativas de prática do ato deve ser concedida aos responsáveis tão logo apontada pelos órgãos técnicos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal ou pela Secretaria Geral deste Tribunal, qualquer irregularidade ou ilegalidade (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

E de outra forma não poderia ser, conforme teor da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida em 04 de março de 2009, nos autos da Apelação Cível 585.295-5/0-00, que invalidou decisão desta Corte que imputou débito ao ordenador da despesa sem que ele tenha tido oportunidade de se manifestar durante a instrução processual, conforme parte da ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA – Parecer do Tribunal de Contas, condenando o autor a restituir aos cofres públicos o prejuízo apurado – Interposição de recurso perante o Tribunal de Contas que não supre a ausência de ampla defesa – Ofício expedido pela Municipalidade determinando a restituição do valor, sob pena de inscrição na dívida ativa – Ilegalidade – Ausência de regular processo administrativo – Formalidades legais não observadas – Ato condicionado a prévio procedimento administrativo, com direito a ampla defesa e ao contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Manifestação perante o Tribunal de Contas, que não justifica a ausência de oportunidade de defesa em sede administrativa – Atos diversos, cujas consequências também o são – Manutenção da r. sentença impugnada, que decretou a nulidade do processo administrativo – Improvimento aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal também caminha conforme a tese trilhada, a saber:

CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o 'due process of law', nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do 'due process of law' (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do 'due process of law', que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (RMS 28517- AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014)

Desta feita, entendo que não prospera o argumento lançado pela Secretaria Geral no sentido de que, em sede de recurso, o interessado poderá promover as razões de defesa que entender cabíveis, assegurando-lhe, com isso, o direito constitucional da ampla defesa.

Diante do exposto, e reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder à decisão que sucede à instrução inaugural

do feito, voto no sentido do acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa aduzida pelo interessado, para o fim de promover-se a anulação do julgado, retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria.

Por estas razões, deixo de apreciar o mérito dos recursos interpostos, posto que prejudicado. (2.823ª S.O.)

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

De acordo com as notas taquigráficas da 2.823º Sessão Ordinária, realizada em 12.08.2015, verificou-se empate no julgamento da preliminar de nulidade suscitada pela contratada Digicon S.A., no Recurso Ordinário interposto às fls. 394/406, onde argumenta a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O douto Conselheiro Domingos Dissei, relator dos Recursos, acompanhado do Conselheiro Edson Simões, entendeu que a intimação da Empresa e seu ingresso nos autos na fase recursal, em que apresentou suas razões de defesa, supriu a alegada afronta àqueles princípios, ao passo que, no polo oposto, os Conselheiros Maurício Faria e João Antonio pronunciaram-se pelo acolhimento da preliminar de nulidade do v. Acórdão recorrido, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa inscritos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal[1].

Reconhecendo a força e o vigor dos argumentos de ambas as correntes, que defendem pontos de vista colidentes, ressalto que o nobre Conselheiro Maurício Faria traz à colação, no voto proferido, inúmeros precedentes judiciários proclamando a nulidade dos julgamentos administrativos em que não foi concedido o direito de defesa à parte ou terceiro prejudicado.

Essa questão, em torno do direito de defesa e ao contraditório assegurados pelo comando constitucional aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral, tem sido um dos pontos mais polêmicos deste Egrégio Tribunal, em face das várias arguições que chegaram às suas barras, principalmente por empresas contratadas da Administração Pública Municipal.

Entretanto, no exame desse tema nevrálgico sustentei, nas diversas vezes em que com ele me defrontei e em hipótese análogas, que a

[1] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

simples alegação em Recurso de nulidade da instrução procedimental por afronta ao contraditório e à ampla defesa, não seria motivo suficiente para o reconhecimento do vício alegado pelo Recorrente, sem a demonstração do prejuízo concreto, que é o pressuposto básico de todo e qualquer recurso, seja administrativo, seja judicial.

Realmente, na dicção do artigo 282 do Novo Código de Processo Civil, equivalente ao artigo 249 do velho Diploma Adjetivo :

> ***"Art. 282 - Ao pronunciar a nulidade, o Juiz declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.***
> ***§ 1º - O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.***
> ***§ 2o Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta."***

Entendo que esse preceito tem aplicação subsidiária no caso concreto ante a própria omissão da Recorrente, que não esclareceu, informou ou demonstrou qual o prejuízo concreto sofrido, direta ou indiretamente em decorrência da Decisão proferida.

Isto porque, não se entreve, no exame do v. Acórdão bombardeado, a imputação de pena ou de responsabilidade da Digicon S.A. nos atos declarados irregulares, conclusão essa que é reforçada pela determinação contida no item 2.1, referentemente à expedição de ofícios à SPTrans, para "verbis": ***instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às ilegalidades perpetradas e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao Erário na contratação irregular.***

Essa determinação, na minha visão, se restringe aos agentes públicos responsáveis pela prática e celebração do Ajuste declarado irregular sem que, até então, se possa imputar responsabilidade à Contratada pelo fato de ter sido escolhida para a contratação pretendida, a não ser que se constate de modo diverso.

Por esse prisma, será possível determinar, na instauração do devido processo legal (*due process of law*), a extensão do prejuízo que os responsáveis tiverem causado ao Erário Público, caso em que se torna imprescindível a intimação da Contratada para exercer o contraditório e sua defesa, com toda plenitude.

Sob essa tônica de raciocínio, parece-me razoável o entendimento sufragado pela corrente capitaneada pelo nobre Conselheiro Domingos Dissei, de suprimento do vício alegado com a intimação da Digicon S.A.

do v. Acórdão proferido, momento em que ela pode exercer sua defesa de forma ampla e profunda, como se apura das razões de fls. 394/406.

A própria Recorrente ressalta esse aspecto, nesta passagem literal de sua impugnação:

"16 - O v. Acórdão, como é de ver, trata-se de meros procedimentos administrativos de natureza eminentemente "interna corporis" os quais por isso mesmo, refogem, por completo, da alçada, competência e responsabilidade da terceira interessada, sobre os quais jamais deve ou poderia ter qualquer poder de inferir ou sobre eles agir, o que afasta, com total convicção, qualquer possibilidade de vir esta recorrente a sofrer quaisquer consequências jurídicas quer de natureza administrativa, civil ou penal, por decorrência das alegadas infringências." (fls. 399)

A esse propósito, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, através de sua 6ª Turma, que:

> ***"Em tema de nulidade no processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstrem, de modo objetivo, os prejuízos consequente com influência no direito material e reflexo na decisão da causa." (RSTJ/621).***[2]

Aliás, na declaração do IX Congresso Mundial de Direito Processual, é no artigo 244 do Velho Estatuto Processual Civil que se encontra uma das mais belas regras do Direito Processual Civil Moderno, ao dizer[3]:

> ***"Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."***

É a norma que prestigia o sistema do aproveitamento dos atos processuais, pela regularização, sempre que possível, das nulidades sanáveis.

Em suma, o processo administrativo, no âmbito dos Tribunais de Contas do Pais, não foge a essa regra de aplicação subsidiária (artigo 39, § 2º, da Lei Municipal nº 9.167/1980), devido ao caráter de sua instrumentalidade e não essencialidade.

Outro argumento que me parece relevante, na apreciação dessa questão, reside no artigo 1013 do Novo Código de Processo Civil, que devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, estabelecendo seu § 1º, textualmente, que:

---

[2] Apud Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 44º Edição, 2012, Saraiva, pág. 348.

[3] O artigo 244 do Estatuto Processual Civil corresponde ao atual artigo 277 do Código de Processo Civil vigentede 1973

"serão, porém objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado."

Entendo possível a aplicação desse dispositivo no procedimento inquisitivo ou fiscalizatório desta Corte de Contas, dada a equivalência do Recurso Ordinário de seu Regimento Interno à Apelação do Direito Processual Civil, posto ser integral seu efeito devolutivo, não se restringindo apenas às questões efetivamente resolvidas em nível de instância inferior.

Assim, conquanto não convocada para o procedimento fiscalizatório de coleta de dados, a intimação do v. Acórdão da Digicon S.A. supriu o vício afirmado, na medida em que ela pode exercer sua defesa, interpondo o Recurso Ordinário de fls. 394/406, em que questionou, com amplitude, os fundamentos da decisão administrativa impugnada (item 3, fls. 400/405), restando, assim, atendidos os princípios constitucionais, na ponderada avaliação do nobre Conselheiro Relator Domingos Dissei, com o acompanhamento do ilustre Conselheiro Edson Simões.

Nesse diapasão, alinhando-me ao entendimento defendido por aqueles nobres Conselheiros, rejeito a preliminar de nulidade, suscitada pela Contratada Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica, embora reconhecendo e respeitando os judiciosos argumentos dos ilustres Conselheiros Maurício Faria e João Antonio, em razão do que determino o prosseguimento do julgamento. (2.813ª S.O.)

VOTO DE MÉRITO proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei

Superada a preliminar, passo a me pronunciar sobre o Mérito dos recursos. Por tudo que dos autos consta, NEGO PROVIMENTO aos recursos em julgamento, pois as razões deduzidas pelos recorrentes não trouxeram argumentos aptos a alterar as conclusões expendidas pela Auditoria às fls.199/203, 261/263 e 438/443, e mantenho o v. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Determino a expedição de ofício à SPTrans para informar sobre as providências adotadas com relação à apuração das responsabilidades dos agentes que deram causa às ilegalidades cometidas na contratação com a Digicon e dos eventuais prejuízos causados ao erário, nos termos prolatados Acórdão recorrido.

Após as medidas regimentais, arquivem-se os autos.

É como voto, Sr. Presidente. (2.893ª S.O.)

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

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

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 irregular o Contrato 2005/029, em virtude de:

- Ausência de licitação, obrigatoriedade prevista na Constituição Federal, no inciso XXI do artigo 37, que assegura a igualdade de participação de todos os concorrentes, dispositivo esse violado juntamente com os artigos 2º e 3º da Lei Federal 8.666/93.

- Falta de justificativa de preços, limitada à estimativa de custos sem o devido detalhamento de itens, apresentada pela própria empresa contratada, infringindo o inciso III do parágrafo único do Art. 26 da citada Lei Federal, pois, ao aceitar a proposta da empresa, sem contrastá-la com pesquisa de mercado, a Origem deixou de buscar o melhor negócio, violando o princípio da vantajosidade, inserto no artigo 3º da mencionada Lei de Licitações, negligenciando, assim, o interesse público.

- Remessa extemporânea de informações sobre o ajuste a este Tribunal de Contas, descumprindo o prazo fixado nas Instruções 01/02.

ACORDAM, também, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aplicar a cada um dos Signatários do Relatório Técnico de fls. 5 e 6 e ao Signatário do ajuste identificado às fls. 25/48 dos autos, a multa no valor de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício:

1 - À Câmara Municipal de São Paulo e respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Transporte Coletivo, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, ao Secretário Municipal de Transportes, à Controladoria Geral do Município e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia do inteiro teor do relatório e voto do Relator e deste Acórdão.

2 - À São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que tome ciência do quanto deliberado pelo Plenário desta Casa, com remessa de cópia do inteiro teor deste Acórdão, e para adotar as seguintes providências:

2.1 - instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às ilegalidades perpetradas e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao erário derivados da contratação irregular;

2.2 - apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante apurado;

2.3 -informar a este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do Acórdão, sobre as providências adotadas e os respectivos resultados.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a juntada de cópia deste Acórdão aos processos TCs 72-002.205.08-04 e 72.002.208.08-94, nos quais se analisam contratos correlatos ao ora apreciado.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, nos termos da proposta do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal que proceda ao acompanhamento do Contrato 2008/0359, com relatório mensal.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de setembro de 2013.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise do **Contrato nº 029/2005**, celebrado entre a **São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e Digicon S.A. Controle**

Eletrônico para Mecânica, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos especializados de suporte técnico, operação assistida e manutenção evolutiva para o Sistema de Bilhetagem Eletrônica, com a finalidade de integrar o Bilhete Único, no valor avençado de R$ 2.950.000,00 (dois milhões, novecentos e cinquenta mil reais), pelo prazo de 18 (dezoito) meses (fls. 25/48).

A contratação deu-se sem licitação, com fundamento no "caput" do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93 [4], por ser inexigível devido à "**inviabilidade da competição por exclusividade da CONTRATADA**", consoante expresso nas cláusulas 1.1.1 e 1.2[5] do mencionado Ajuste, justificando a Origem que os serviços em apreço relacionam-se a sistema informatizado desenvolvido e implantado pela empresa escolhida, nos equipamentos referentes à bilhetagem eletrônica operados pela SPTrans.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar o instrumento, concluiu pela sua irregularidade, devido aos motivos assim especificados:

1 – a falta de apresentação de justificativa de preço, limitada à estimativa de custos, oferecida pela própria empresa contratada, sem o devido detalhamento de itens (infringindo o parágrafo único do inciso III do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93);

2 – a ausência de comprovação de exclusividade de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local (desatendendo ao inciso I do artigo 25 da mesma Lei Federal); e

3 – observou, ainda, a falta de publicação do despacho de autorização e o atraso na remessa, a esta Corte de Contas, das informações referentes a esta contratação, pelo SERI.

O Núcleo de Tecnologia da Informação deste Tribunal de Contas ponderou que o sigilo e a segurança de um sistema dessa natureza devem ser preservados, por isso quem desenvolveu o sistema original estaria apto a realizar a integração do programa governamental relativo ao Bilhete Único. E, ao manifestar-

---

[4] **Artigo 25 –** É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
II – para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

[5] 1.1.1. Por tratar-se de Sistema desenvolvido e implantado pela CONTRATADA na CONTRATANTE, essas alterações deverão ser executadas pela mesma, nos seguintes módulos:
(...)
1.2 O ajuste fundamenta-se, portanto, nos expressos termos do artigo 25, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, por tratar-se de inviabilidade de competição por exclusividade da Contratada.

se sobre os quantitativos e preços apresentados pela Contratada, expôs sua impossibilidade de realizar um estudo comparativo de preços, considerando a especificidade do contrato, sua grande complexidade e a ausência de dados no mercado.

Observou, todavia, que esse levantamento poderia ter sido suprido por pesquisa de preços realizada à época da contratação, junto a empresas habilitadas nesse ramo, se a própria SPTrans tivesse se desincumbido do seu dever legal, providenciando essa pesquisa (fls. 96/99 e 101/103).

A Origem foi oficiada e apresentou suas justificativas nas seguintes bases:

1 – a contratação está alicerçada na hipótese do "caput" do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93, por isso não há que se exigir comprovação de exclusividade, referida no inciso I do mesmo dispositivo legal;

2 – a Digicon não detém exclusividade no desenvolvimento de "software" de segurança para Sistemas de Bilhetagem Eletrônica. Outras empresas no mercado também fornecem esse tipo de sistema. Sua contratação deu-se em razão de ter desenvolvido, por meio de contrato anterior, a segurança para o Sistema de Bilhetagem do Município de São Paulo, sob pena de colocar-se em risco os algoritmos e dispositivos de segurança já implementados;

3 - os preços foram apresentados pela Contratada por solicitação da SPTrans, em razão da dificuldade de pesquisa de mercado, reconhecida pelos técnicos do Tribunal de Contas; e a composição de custos baseada nos homens-hora alocados, é compatível com a média praticada no mercado para serviços dessa complexidade, englobando itens específicos de desenvolvimento de software;

4 – o despacho de autorização foi publicado em 18/10/2005, no Diário Oficial da Cidade;

5 - invocou jurisprudência desta Corte para que não seja aplicada penalidade em decorrência da remessa tardia de dados da contratação via SERI (fls.107/131).

Em retorno, a Especializada, reconhecendo estar superada a questão da publicação do despacho autorizatório, manteve seu posicionamento pela irregularidade do ajuste, pelos demais fundamentos acima declinados, ressaltando que a Origem alegou como fator preponderante para não licitar, não mais a exclusividade da Contratada, mas sim a hipótese de que outra empresa representaria incremento do risco à segurança do sistema.

Portanto, não haveria "impossibilidade técnica ou jurídica de licitar o objeto", pois "os serviços poderiam ser prestados por outra companhia", o que afasta a invocada "inviabilidade de competição".

Em face do evidente grau de dependência da SPTrans com a Contratada e da peculiaridade do sistema, sua relevância social e dos expressivos valores financeiros envolvidos, a Auditoria sugeriu competir à "SPTrans avaliar, periodicamente, a qualidade dos sistemas desenvolvidos pela Digicon, bem como pesquisar novas alternativas tecnológicas no mercado" (fls. 199/203).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em parecer preambular da lavra de agente de fiscalização, endossou a posição da Auditoria, inclusive quanto à sugestão de a Origem adotar providências a fim de obter as condições necessárias para não se perpetuar a relação de dependência com o particular contratado, acaso efetivamente existente, além de avaliar alternativas para possibilitar a participação de outros interessados em licitações futuras.

Por seu turno, os Assessores Sub-Chefe e Chefe da Área Jurídica, embora reconhecendo não haver no processo administrativo todos os elementos para fundamentar a contratação direta em análise, amparados nas informações técnicas carreadas aos autos, opinaram pelo acolhimento excepcional do ajuste, encampando a sugestão de adoção de providências visando eliminar a situação de total dependência acima exposta, sem prejuízo das determinações cabíveis (fls. 206/215).

A SPTrans foi oficiada nos termos sugeridos pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e os agentes responsáveis pela contratação foram intimados, com o fito de exercerem seu direito de ampla defesa.

A Origem informou que, após o encerramento do contrato em questão, dois outros foram formalizados com a Digicon, porque a empresa detém conhecimento tecnológico especializado e confidencial sobre os subsistemas que integram o Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Município de São Paulo.

E, para reduzir o grau dessa dependência, afirmou que vem, gradativamente, absorvendo o conhecimento técnico adquirido, ponderando que esse processo demanda a formação de corpo profissional altamente capacitado e atualizado, enquanto a Administração Pública Municipal não consegue suprir esses requisitos na velocidade e especialização requeridas.

O Ordenador da Despesa defendeu a legalidade da contratação e um dos signatários do relatório técnico da Área de Tecnologia da Informação da SPTrans, base técnica para a autorização da contratação em tela, sustentou ter havido pesquisa de mercado, anexando cópias de correspondências eletrônicas posteriores à data do ajuste e sem vinculação com o instrumento em análise.

Em sua defesa, apresentou, ainda, certidão expedida pela Associação Brasileira das Empresas de Software, na qual constava que a Digicon era a única autorizada a comercializar, em todo o território nacional, o programa para

computador Sistema Informatizado relativo ao sistema de cobrança automática do transporte coletivo do Município de São Paulo (fls. 251/253 e 224 a 233).

A Auditoria analisou a documentação acrescida, apontando que "não se vê qualquer direito autoral da Digicon que pudesse obstaculizar a contratação de outra empresa" e que "o registro de propriedade intelectual de programa de computador é efetuado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial". Assim, além de ratificar sua posição inicial quanto à irregularidade da avença, observou não haver indício de que a Origem buscasse libertar-se da dependência mantida com a Contratada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou o entendimento anteriormente externado, quanto à necessidade da contratação em foco, fundamentada em seus aspectos eminentemente técnicos e renovou a sugestão para a Origem reduzir a relação de dependência suprarreferida (fls. 266/268).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, lastreando-se nas justificativas técnicas apresentadas pela SPTrans e no parecer da Área Jurídica, requereu o acolhimento do ajuste ou o reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos praticados (fls. 270/284).

A Secretaria Geral, ainda que ressaltando inexistir elementos suficientes quanto à pesquisa de preço e à exclusividade da Digicon, entendeu caracterizada "a inviabilidade de competição licitatória, devido à dependência da SPTrans com a empresa contratada" e, diante desses motivos tecnológicos e acompanhando a manifestação do Órgão Fazendário, opinou "pelo acolhimento do contrato, excepcionalmente, sem embargo das determinações cabíveis, em face das impropriedades detectadas" (fls. 286/290).

É o relatório.

VOTO

O Ajuste em questão foi celebrado com fundamento na inviabilidade de licitação, eis que, conforme justificativas da Origem, "*o Sistema Central de Bilhetagem Eletrônica foi desenvolvido e implantado*" pela empresa Contratada, única "*para executar o contrato em análise*" pelo fato de deter "*o direito autoral, conhecimento e "know-how" para desenvolvimento do "software" aplicativo do Sistema em questão e de todo o Sistema de segurança*" (fl. 112).

Ora, cabe então, relembrar o modo pelo qual a Contratada conquistou a suposta exclusividade e, para tanto, é necessário retroceder-se à celebração do seu primeiro contrato com a SPTrans, igualmente sem licitação, objetivando a prestação de serviços técnicos para implantação e desenvolvimento de sistema informatizado de cobrança de tarifa do transporte coletivo de passageiros.

Em 1997, com a anuência da SPTrans, o Sindicato das empresas de ônibus, Transurb, contratou o Consórcio Digicon-Intec para desenvolver e implantar o núcleo central do Sistema de Cobrança Automática de Passagens, por um período de 24 meses e, no marco do décimo oitavo mês, na fase de testes de campo, houve paralisação do projeto por diversos motivos, destacando-se os questionamentos externados pelo Ministério Público Estadual e por este Tribunal de Contas.

Isto porque houve aporte de dinheiro público naquela contratação, acrescida das dificuldades na integração do Sistema Central com o de Distribuição, recebendo o Consórcio, pelos serviços até então prestados, o montante de R$ 3.601.315,43 (três milhões, seiscentos e um mil, trezentos e quinze reais e quarenta e três centavos), à época, conforme histórico constante da Resolução da Diretoria nº 01/209 da SPTrans (folhas 135/139).

Em 2001, a SPTrans, ao retomar o projeto de implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica, em novos moldes, contratou a Digicon, sem licitação, pelo fato de ser "*participante da elaboração do projeto inicial e que, portanto, domina as informações e os programas envolvidos*", detendo, assim, ""*know-how" e informações relativas ao projeto anteriormente desenvolvido*", sendo então celebrado o Contrato nº 2001/060.

O citado contrato foi objeto de análise no TC 72-000.399.02-28, julgado irregular por este Tribunal de Contas, motivado pela ausência de comprovação de pesquisa prévia de mercado, pela não caracterização da hipótese de inexigibilidade de licitação e pela falta de publicação do despacho autorizando a contratação.

Isso significa que a exclusividade adquirida pela Contratada decorreu da experiência acumulada pela empresa, desde 1997, às expensas do Município de São Paulo, porquanto não dominava o sistema de bilhetagem eletrônica, angariando condição privilegiada em relação às demais empresas do setor tecnológico, sendo agora contratada pela Administração, sob o manto da inexigibilidade, em virtude das necessidades técnicas criadas, conforme apontado, com precisão, pela Auditoria desta Corte, dependência essa que seria evitada se houvesse o devido procedimento licitatório, no ano de 2001.

A trajetória acima delineada, em hipótese alguma, se afina com os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa e ilide, cabalmente, a aventada inviabilidade de licitação, mesmo sendo invocada, pela Origem, a questão da segurança do sistema para justificar a contratação direta, restando, dessa forma, não caracterizada a inexigibilidade de licitação.

Por isso, a contratação analisada configura patente aberração ao Ordenamento Jurídico, pois deveria submeter-se à licitação,

obrigatoriedade prevista na Constituição Federal, no inciso XXI[6] do artigo 37, que assegura a igualdade de participação de todos os concorrentes, dispositivo esse violado juntamente com os artigos 2º e 3º [7] da Lei Federal nº 8.666/93.

Ademais, a falta de justificativa de preços, limitada à estimativa de custos sem o devido detalhamento de itens, apresentada pela própria empresa Contratada, infringiu o inciso III do parágrafo único do Art. 26[8] da citada lei federal, representando outra irregularidade gritante, pois, ao aceitar a proposta da empresa, sem contrastá-la com pesquisa de mercado, a Origem deixou de buscar o melhor negócio, violando o princípio da vantajosidade, inserto no artigo 3º da mencionada Lei de Licitações, negligenciando, assim, o interesse público.

Registre-se, outrossim, a extemporânea remessa de informações sobre o Ajuste em tela a este Tribunal de Contas, descumprindo-se o prazo fixado nas Instruções nº 01/02[9].

Diante do exposto e considerando a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, passando a fazer parte integrante deste voto, **JULGO IRREGULAR** o Contrato nº 029/2005, sem a aceitação dos efeitos financeiros dele decorrentes.

---

[6] **Artigo 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 e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[7] **Artigo 2º -** As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Artigo 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 probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[8] **Artigo 26.**

Parágrafo único – O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

[9] **Art. 2º** - Os órgãos da Administração Direta e Indireta do Município, da Câmara Municipal de São Paulo e do próprio Tribunal de Contas encaminharão ao Tribunal as informações referentes a todos os contratos, convênios, termos de co-patrocínio e instrumentos análogos, bem como as relativas a seus eventuais aditamentos, por sistema eletrônico, na forma a seguir estabelecida.

§ 1º - As informações deverão ser encaminhadas mensalmente, por meio de disquete gerado pelo Sistema Eletrônico de Remessa de Informações - SERI, acompanhado de relação escrita dos instrumentos informados para efeito de protocolo da entrega, até o 10º (décimo) dia útil do mês subseqüente ao da lavratura ou da emissão dos instrumentos relativos aos ajustes celebrados.

E, em virtude da violação aos artigos supramencionados, **APLICO** a cada um dos Signatários do Relatório Técnico[10], de folhas 05/06, e ao Signatário do Ajuste[11] identificado às folhas 25/48, a multa de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal nº 9.167/80[12].

Por conseguinte, DETERMINO:

1 – Expedir ofícios à Câmara Municipal de São Paulo e respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Transporte Coletivo, ao Senhor Prefeito do Município de São Paulo, ao Secretário Municipal de Transportes, à Controladoria Geral do Município e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, encaminhando cópia de inteiro teor do relatório, voto e Acórdão a ser proferido pelo Pleno.

2 – Oficiar à São Paulo Transporte S.A. para que tome ciência do quanto deliberado pelo Plenário desta Casa, com remessa de cópia do inteiro teor do Acórdão a ser prolatado, bem como para adotar as seguintes providências:

2.1 – instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às ilegalidades perpetradas e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao erário derivados da contratação irregular;

2.2 – apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante apurado; e

2.3 – informar este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do acórdão sobre as providências adotadas e os respectivos resultados.

Por último, proponho que cópia do Acórdão a ser prolatado pelo Pleno, nestes autos, seja juntada aos TCs 72-002.205.08-04 e 72-002.208.08-94[13], nos quais se analisam contratos correlatos ao ora apreciado.

---

10 Responsáveis: Fls. 05/06 – José Carlos Nunes Martinelli e Gerson Luiz Martines
11 Fls. 25/48 - Ulrich Hoffmann
12 Lei Municipal 9.167/80
Art. 52 - As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções:
I - Advertência.
II - Multa
13 Ambos de relatoria do Cons. Eurípedes Sales. O 1º está na Unidade de Pauta e o 2º, em instrução.