TC nº 2.353/2012

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. SMC. SUBPREFEITURA DA SÉ. Serviços técnicos de manutenção preventiva, corretiva e de assistência técnica dos equipamentos de mecânica, iluminação e sonorização cênica. Teatro Municipal. REGULAR. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 25, I e art. 26, III, Lei 8.666/93.

3.004ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.850ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando a natureza especial dos serviços almejados, as razões de defesa apresentadas pela Secretária Municipal de Cultura, pela ordenadora da despesa e pela contratada, e ainda, na ausência de notícia de dolo, culpa ou má-fé dos agentes, tampouco prejuízo ao erário, em julgar regular o Contrato 82/SMC-TM/2012, determinando, na sequência, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de outubro de 2018.

ALEXANDRE CORDEIRO
Conselheiro Substituto
no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato 82/SMC-TM/2012, firmado entre o Theatro Municipal de São Paulo e a empresa Técnicas Eletro Mecânicas Telem S.A., para a prestação de serviços técnicos de manutenção preventiva, corretiva e de assistência técnica dos equipamentos de mecânica cênica; iluminação cênica e sonorização, instalados no Theatro, no valor de R$ 1.575.328,44 (um milhão, quinhentos e setenta e cinco mil, trezentos e vinte e oito reais e quarenta e quatro centavos). Referida contratação foi firmada com inexigibilidade de licitação à luz do disposto no inciso I do artigo 25 da Lei 8666/93.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em análise inicial, concluiu pela irregularidade da Contratação por considerar que não resultou comprovado que a Contratada é a representante exclusiva para a realização dos serviços, vez que não há nos autos documento emitido por entidade de registro, pelo Sindicato, ou outra equivalente, atestando a referida condição e mais porque não há no processo a necessária avaliação e justificativa de preços.

Na sequência, por minha determinação, a Secretaria Municipal de Cultura - SMC foi oficiada para manifestar-se acerca dos apontamentos da Auditoria.

A partir dessa convocação, a Secretaria enviou a documentação de fls. 144/168, esclarecendo que após a reforma tecnológica ocorrida entre 2010 e 2011, com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, o Theatro Municipal adquiriu sistemas de motorização cênica, iluminação e sonorização singulares e de grande sofisticação, o que o distingue além da qualidade cênica e acústica, também em questão de segurança. Por essas razões, não poderia se valer de uma contratação de serviços de manutenção "padrão", exigindo-se sim serviços qualificados, oferecidos por empresa apta a realizar a conservação em tais equipamentos. Afirmou que a Contratada é a representante exclusiva das empresas que fabricam os equipamentos componentes do sistema de iluminação cênica, conforme foi por elas atestado, sendo que elas mesmas ofereceram treinamento e capacitação e a habilitaram para tal mister, sendo certo que a manutenção pela especializada afiança a garantia dos equipamentos. Argumentou que o inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações não deve ser interpretado de forma literal, pois este texto é extremamente formalista ao exigir atestado emitido por órgão de Registro Público ou Sindicato ou entidades afins, pois não lhes incumbe controlar a exclusividade de empresas, e o fato de não haver atestado cumprindo tal formalidade não implica a inexistência de exclusividade.

Por fim, fez juntar declaração de compatibilidade dos preços ajustados com a prática do mercado, aduzindo que não obstante a Contratada ser a única qualificada para a prestação dos serviços, tentou realizar consulta de preços com outras empresas, sem obter resultados, em razão das especificidades dos trabalhos e de se cuidar de material importado.

A partir de tais considerações a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou todas as suas conclusões anteriores, por considerar que não há elementos para alterar os apontamentos pela irregularidade do Contrato, no que foi seguida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Em vista das manifestações desfavoráveis dos Órgãos Técnicos desta Corte, determinei a intimação de Beatriz Franco do Amaral, indicada como a responsável pelas infringências apontadas, a qual apresentou defesa alegando que estão devidamente caracterizadas a contratação direta e a escolha do contratado, vez que o Theatro passou por ampla reforma tornando-se um dos mais modernos da América Latina e comparável às maiores casas de música erudita do mundo. Informou que foram adquiridos equipamentos técnicos de altíssima qualidade que necessitam de assistência e manutenção especializadas, fornecidas por empresa nomeada pelos fabricantes, após participação em cursos de qualificação e constante atualização, como é o caso da Contratada, conforme documentos de fls. 15, 16 e 18. Reiterou que os serviços de manutenção não podem ser feitos por qualquer empresa, pois os equipamentos adquiridos não podem ser manipulados por leigos, o que colocaria em risco o seu funcionamento e a garantia de fábrica. Sustentou que, no caso, a proposta mais vantajosa para a Administração é aquela que não coloca em risco o grande investimento realizado com os equipamentos. Argumentou que não há obrigatoriedade de registrar a exclusividade da prestação de serviços em qualquer órgão, logo inaplicável o disposto no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Afirmou que em razão da especificidade dos serviços, não se aplicam as tabelas de SIURB e para demonstrar que os preços estão compatíveis com o mercado trouxe aos autos Contrato firmado pela mesma empresa com o Teatro de Lima, no Peru com valor mensal de R$174.134,40 (cento e setenta e quatro mil, cento e trinta e quatro reais e quarenta centavos), enquanto o Contrato em análise foi formalizado, após a conversão monetária, pelo valor mensal de R$ 131.277,37 (cento e trinta e um mil, duzentos e setenta e sete reais e trinta e sete centavos). Por fim, justificou o empenhamento parcelado das despesas no Decreto 52.934/12, que fixou a liberação quadrimestral das cotas orçamentárias.

Não obstante a manifestação da Ordenadora da Despesa, com exceção da questão do procedimento estabelecido pelo Decreto 52.934/12, tanto a Subsecretaria de Fiscalização como a Assessoria Jurídica de Controle Externo mantiveram o entendimento pela irregularidade do Ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fundando-se nos esclarecimentos prestados pela SMC, defendeu os atos praticados e requereu o acolhimento do Contrato, ainda que mediante relevação ou convalidação das impropriedades ou, ao menos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros e patrimoniais por não existir qualquer prejuízo ao Erário.

Por seu turno, a Secretaria-Geral, apoiando-se nos pareceres da SFC e da AJCE, opinou pelo não acolhimento do Contrato.

Em sede de saneamento, determinei a intimação da Contratada para se manifestar acerca das conclusões dos Órgãos Técnicos desta Corte. Regularmente intimada, a empresa ofereceu defesa arguindo, em resumo, que é a única representante brasileira autorizada pelas empresas fabricantes a executar o objeto contratado, conforme declarações por elas elaboradas e juntadas aos autos.

Argumentou que diante da publicação no DOC do despacho fundamentado com as razões da escolha do fornecedor, nenhuma empresa se insurgiu contra contratação direta. Por fim afirmou que o valor ajustado para o presente Contrato mostrava-se abaixo do que é praticado no mercado.

Em suas derradeiras manifestações, a SFC e a AJCE consideraram que os argumentos apresentados pela Contratada não trouxeram elementos que alterassem os posicionamentos já exarados.

Em razão do acrescido, os autos foram encaminhados para a Procuradoria da Fazenda que sublinhou a ausência de comportamento indevido, reiterou sua promoção anterior e requereu a aceitação dos efeitos financeiros decorrentes dos atos em analise.

Arrematando a instrução processual, a Secretaria-Geral opinou pelo não acolhimento do Contrato, por avaliar que as informações trazidas aos autos não interferem no posicionamento anterior.

É o relatório.

VOTO

A primeira questão a ser dirimida nestes autos diz respeito à submissão da contratação à hipótese de inexigência de Licitação, fundamentada no artigo 25, inciso I da Lei 8.666/93, assim redigido:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos 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 do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; A exegese que merece o dispositivo em causa é a de que para autorizar a utilização de*

inexigibilidade de Licitação, mister a configuração da inviabilidade da competição.

Na hipótese dos autos a Auditoria concluiu que pretendida inviabilidade não se configurou, notadamente porque não há "atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes" que dê suporte à alegada "exclusividade" para a prestação dos serviços contratados, na forma do disposto no inciso I do artigo anteriormente citado.

Neste tópico, em que pesem os valorosos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, entendo que os apontamentos foram combatidos nas defesas apresentadas, razão pela qual as acolho no sentido de que o mencionado dispositivo não deve ser interpretado literalmente e com extremo formalismo, pois a falta do atestado na forma indicada, por si só, não autoriza afirmar a inexistência de exclusividade.

Ademais, existem nos autos documentos emitidos pelas empresas fabricantes dos aparelhos que passariam pela manutenção pretendida, afirmando que a Contratada é sua representante exclusiva e afiançando que os seus profissionais foram treinados e estão aptos a realizar manutenção e assistência técnica.

Há que se considerar que os equipamentos aos quais se destinam a manutenção e a assistência técnica contratada são aparelhos singulares e de grande sofisticação, que não podem ficar sujeitos a serviços de manutenção "padrão", dependendo sim de serviços altamente qualificados e especializados, oferecidos por empresa habilitada para tal mister, sob pena de afetar o enorme investimento realizado em 2010/2011, quando ocorreu reforma tecnológica no Theatro Municipal contando, inclusive, com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

Nesse aspecto o Theatro se mostrou zeloso ao pontuar os motivos justificadores da contratação, ressaltando em sua manifestação de fls. 7/8 os cuidados reclamados por instalações e equipamentos tão sofisticados e delicados, cujo manejo não pode ser atribuído senão a profissionais gabaritados e especializados.

Ainda sobre a questão da inexigibilidade de Licitação, o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello já abordou o tema, conforme excerto que transcrevo:

"Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios. Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico

prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse de tal propósito."[1]

Da mesma maneira, o valor contratado não se oferece desarrazoado, notadamente tendo em vista a documentação ofertada pela Ordenadora da Despesa, referente à contratação similar à que se examina, que demonstra que o valor ajustado na presente é inferior àquela. Ademais, em razão da especialidade dos serviços e dos equipamentos envolvidos não há como realizar uma pesquisa formal de preços, resultando que a justificação do preço atende o preceituado no artigo 26, III[2] da Lei 8.666/93.

Diante do exposto e considerando a natureza especial dos serviços almejados, acolho as razões de defesa apresentadas pela Secretaria Municipal de Cultura e pela Ordenadora da Despesa e pela Contratada, e ainda na ausência de notícia de dolo, culpa ou má-fé dos agentes, tampouco prejuízo ao Erário, julgo regular o Contrato 82/SMC-TM/2012, determinando, na sequência, o arquivamento dos autos.

É como voto. (2.850ª S.O.)

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 504.
[2] III - justificativa do preço.