II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-465/2023

Processo	-	TC/002957/2005 (Tramitam em conjunto os processos TC/002957/2005 e TC/003751/2005
Contratante	-	Secretaria Municipal de Educação
Contratada	-	Fundação Getúlio Vargas - FGV
Contrato	-	32/SME-G/2003 R$ 21.853.000,00
TA	-	36/SME/2004 (alteração do cronograma constante da proposta de serviços para operacionalização do Sistema de Gestão Escolar - Escola On Line)
Objeto	-	Execução de serviços consistentes na contribuição para a melhoria da qualidade do processo pedagógico e de gestão das Escolas Públicas da rede municipal de ensino, através do incremento do uso da tecnologia da informação e de instrumentos que envolvam a rotina das escolas, das Coordenadorias de Educação e da Secretaria

3.293ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SME. Serviços consistentes na contribuição para a melhoria da qualidade do processo pedagógico e de gestão das Escolas Públicas da rede municipal de ensino. 1. A judicialização do presente feito não afasta a competência própria deste Tribunal para analisar a matéria, considerando a independência das instâncias. 2. A dispensa de licitação caracteriza-se a partir do cumprimento de determinados requisitos legais. Art. 24, XIII, L 8.666/1993. 3. Não se caracterizará subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários. REGULARES. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002957/2005 e TC/003751/2005, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO, após vista que lhe fora concedida na 2.754ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – então Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, DOMINGOS DISSEI e RICARDO TORRES, em julgar regulares o Contrato 32/SME-G/2003 e o Termo Aditivo 36/SME/2004.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – então Relator, que julgou irregulares o contrato e o termo aditivo e aplicou à ordenadora da despesa e signatária do ajuste a multa de R$ 574,25.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado nos autos, à Câmara Municipal de São Paulo, ao Departamento de Procedimentos Disciplinares e à Secretaria Municipal da Educação, encaminhando-lhes cópia deste Acórdão e, após as demais comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, DOMINGOS DISSEI e RICARDO TORRES.

Presente, nesta sessão, sem direito a voto, o Conselheiro EDUARDO TUMA – Relator, nos termos do parágrafo único do artigo 172 do Regimento Interno deste Tribunal.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de setembro de 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
JOÃO ANTONIO – Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do art. 136 do RITCMSP

/cv

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO EDSON SIMÕES – RELATOR À ÉPOCA (Juntado aos autos na 2754ª S.O. – Certidão)

II – VOTO DO CONSELHEIRO JOÃO ANTONIO – REVISOR

1) TC/002957/2005
2) TC/003751/2005

Em julgamento englobado o Contrato nº 032/SME-G/2003, e sua execução, firmado por dispensa de licitação em 22.07.2003, entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a Fundação Getúlio Vargas – FGV, objetivando o incremento do sistema de Gestão Escolar Escola *On-Line*, com instalação de "ambiente pedagógico".

Preliminarmente, entendo que a judicialização do presente feito com a decisão publicada no Diário Oficial de 04.06.2014 não afasta a competência própria deste Tribunal para analisar a matéria, considerando a independência das instâncias.

Por esse motivo, nada obsta que este Tribunal alcance um resultado diferente no Plenário que possa, inclusive, incidir de forma positiva ou negativa na ação, uma vez que tem competência constitucional independente do posicionamento do Judiciário.

Ademais, de acordo com a consulta realizada pelo meu Gabinete no dia 18.09.2023, o processo 0041518-93.2009.8.26.0053 que se encontrava em grau recursal, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, teve a sentença de primeiro grau anulada pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme Acórdão prolatado em 31 de maio do corrente, em razão de cerceamento de defesa, com a reabertura da fase instrutória, cujo teor da parte dispositiva reproduzo a seguir:

Nesses termos, respeitada a convicção da MM. Juíza de Direito a quo, anula-se a sentença em tela (fls. 14934/14946) para determinar o oportuno retorno dos autos à origem, a fim de que seja facultada às partes litigantes a especificação de provas úteis e pertinentes para a perfeita elucidação dos fatos articulados pelo parquet na presente ação civil pública, em paralelo aos elementos coligidos no respectivo inquérito civil, com abertura de regular fase instrutória.

Desse modo, entendo que a competência concorrente não deve afetar o

princípio constitucional da jurisdição UNA até que haja um posicionamento definitivo do Judiciário especificamente sobre o tema e com o trânsito em julgado da matéria, razão que me leva a não acolher a preliminar trazida pelo então Conselheiro Maurício Faria.

Superada a preliminar, passo ao exame dos autos.

O Contrato nº 032/SME-G/2003 foi analisado às fls. 213-214 do TC nº 72.002.957.05-79, onde os auditores concluíram, inicialmente, pela regularidade formal do instrumento, com ressalvas referentes ao atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial e não encaminhamento das informações via sistema eletrônico a este Tribunal.

Ressaltou a auditoria que para comparar os preços, a Origem apresentou a proposta do Centro Nacional de Pesquisa em Informática que ofertou proposta de R$ 25.827.938,00 (vinte e cinco milhões, oitocentos e vinte e sete mil, novecentos e trinta e oito reais), cerca de 18% superior ao total da presente contratação e que, após comparações, a Origem optou pela de menor valor, ponderando também sobre as razões de sua escolha às fls. 176-178 dos autos.

O Termo Aditivo nº 036/SME/2004, lavrado posteriormente, teve por objetivo promover alterações do cronograma constante da proposta de serviços para operacionalização do sistema de gestão escolar, sem qualquer modificação de prazos ou valores, sendo considerado regular pela auditoria, com ressalvas referentes ao atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial e ausência de apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS à época da lavratura do ajuste.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo mencionou que a contratação por dispensa de licitação foi efetivada com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, onde preceitua que "É dispensável a licitação na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional".

Esclareceu que para caracterização de dispensa de licitação se faz necessário que determinados requisitos legais estejam presentes, quais sejam: tratar-se de instituição

brasileira sem fins lucrativos; que o objeto da instituição esteja voltado à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional e; que a instituição detenha inquestionável reputação ético-profissional.

Assim, entendeu que esses requisitos foram devidamente atendidos, após exame do estatuto da FGV, às fls. 128-138, salientando, ainda, que a Fundação goza de excelente reputação ético-profissional e inequívoco reconhecimento perante a sociedade.

Além desses requisitos legais mencionados, citou que o TCU firmou entendimento de que o dispositivo legal para contratação foi reservado às hipóteses em que houver nexo entre o pretendido pela legislação, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado.

Nesse ponto, conclui a AJCE que as atividades da FGV descritas no item VI, do art. 2º, de seu Estatuto Social são claras a demonstrar a existência de nexo de pertinência lógica entre as atividades por ela desenvolvidas e o objeto contratado.

No que se refere à justificativa de preços, embora tenha reconhecido a contratação pelo menor preço, sugeriu oficiar a Origem para explicar as razões da inclusão de 920.000 alunos de ensino fundamental como público-alvo no cálculo do valor *per capita*, em contraposição ao apresentado na proposta da FGV.

Após análise dos documentos encaminhados pela Origem em resposta ao questionamento precedente e outras indagações formuladas pelo Conselheiro Relator, a Auditoria reviu seu entendimento e passou a concluir pela irregularidade do contrato sob o fundamento de que não restou comprovado o nexo causal entre a natureza da instituição e o objeto contratado, uma vez que a FGV teria se utilizado de empresa intermediária para a execução do contrato, assim como passou a concluir que o preço contratado também não estaria justificado pela Origem.

Relativamente à utilização de empresa intermediária para a execução do contrato, consta dos autos que a empresa AUGE prestava serviços de fabricação de softwares para a Fundação Getúlio Vargas, uma vez se tratar de empresa especializada em tecnologia de educação que por indicação da Contratada dava suporte à PRODAM e ao Portal em relação aos produtos por ela desenvolvidos.

O entendimento da Secretaria Geral foi de que havia possibilidade de a Contratada utilizar-se de apoio técnico de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas nas fases, etapas e

quantidades necessárias para o cumprimento do conteúdo apresentado na proposta, conforme explicado pela Contratada em suas razões constantes às fls. 294-342, do TC nº 72.003.751.05-39.

Isso ocorre quando o objeto do contrato é complexo e a análise ganha outra dimensão. Segundo o professor Marçal Justen Filho[1], quando a execução da prestação envolver objeto complexo, não produzido integralmente por uma única empresa, não há óbice a contratação de terceiros. Sugere que a discussão deve envolver se há obrigações de meio ou de fim, destacando o autor:

"Se a Administração se satisfizer com uma determinada prestação, sendo irrelevante sua autoria, a questão torna-se simples. Não se caracterizará subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários".

Os documentos constantes dos autos demonstram que houve utilização de serviços de fabricação de software de outra empresa pela Contratada, considerando a natureza da prestação dos serviços e o *know how* da empresa no que se refere à utilização do material.

Dessa forma, me parecem pertinentes os esclarecimentos da Coordenadoria de Núcleos de Ação Educativa acerca do caráter *intuitu personae*, mas não de execução personalíssima dos ajustes celebrados com base no art. 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93.

Ademais, como ressaltou a Secretaria Geral, o importante é que a FGV executasse o contrato firmado, sendo irrelevante para a Administração o fato de, se necessário, utilizar dos serviços de terceiros, conforme expressa previsão contratual.

Por esses motivos e, principalmente, diante da complexidade do objeto, acompanho o posicionamento da AJCE e da SG de que as atividades da FGV descritas em seu Estatuto Social são claras a demonstrar a existência de nexo de pertinência lógica entre as atividades por ela desenvolvidas e o objeto contratado, não havendo como considerar irregular a contratação nesse quesito pelo fato de a entidade contratada utilizar-se dos serviços de terceiros.

Ainda com relação ao cumprimento do objeto, ressaltou a AJCE que não pode ser desconsiderado o fato de que todas as funcionalidades contratadas foram entregues e que

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª Ediçã. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.758.

somente após findo o contrato e sem suporte técnico é que surgiram dificuldades por parte da PRODAM em relação à tecnologia, pois nos servidores da PRODAM não havia espaço em disco para armazenar a grande quantidade de caixas postais previstas e a SME não os adquiriu.

Denota-se, assim, que as dificuldades relatadas com a execução do contrato não ocorreram por culpa da Contratada, pois, conforme concluiu a equipe técnica, o objeto do contrato não estava em operação por duas razões, a saber:

1 – inexistência de servidores suficientes da SME a permitir que o projeto fosse instalado, em paralelo ao sistema já existente; e

2 – dependência para a implantação do módulo administrativo do completo desenvolvimento e teste de outros módulos (módulos de Escola/Turmas/Alunos e do módulo Recursos Humanos).

Tais constatações demonstram a dificuldade de operacionalização do projeto por parte da Origem, impedindo que benefícios concretos fossem oferecidos à comunidade.

Com efeito, para a realização da referida contratação foi solicitada autorização do Conselho Municipal de Informática, tendo em vista que a PRODAM não possuía pessoal capacitado e disponível para desenvolver o projeto.

Mesmo assim, todos os relatórios encaminhados pela FGV passavam pelo crivo de Comissão designada pela PRODAM para acompanhar o projeto, uma vez que na SME não havia técnicos especializados, sendo que todos os pagamentos foram realizados após comprovação dos serviços realizados pela referida comissão.

De acordo com o relatório da Auditoria, foi empenhado o montante de R$ 15.746.000,00, sendo liquidada a quantia de R$ 14.457.000,00. O último pagamento foi realizado em novembro de 2004, demonstrando que o total de desembolsos alcançou R$ 6.509.000,00 no período, equivalentes a 29,8% do contrato, referente às faturas vencidas até agosto de 2004.

A própria Auditoria reconheceu em seu relatório de fls. 174-181 que o Portal da Educação estava funcionando e que toda a parte da documentação foi realizada e deverá ser aproveitada, com os devidos ajustes para ambientação do sistema, necessários à continuidade do projeto, embora tivesse concluído em sentido oposto afirmando que "muito do que ele previa não foi realizado", sem quantificar os itens faltantes e sem dizer se a execução estava sendo realizada

de acordo com o cronograma ajustado pelo Termo Aditivo nº 036/SME/2004.

Consta, ainda, que a Auditoria requereu da Origem um panorama sobre a execução dos serviços, apresentando um questionário que versava sobre o conteúdo mínimo de cada módulo de solução, entretanto, a própria Auditoria afirmou que não obteve resposta à solicitação e também não sugeriu oficiar a Origem para obtenção das informações, concluindo precipitadamente, pela irregularidade das despesas, mesmo diante da ausência de informações objetivas a respeito da execução contratual.

Observo que os esclarecimentos trazidos pela Origem e pela Contratada a fim de dirimir a ausência de informações objetivas a respeito da execução contratual não foram cuidadosamente tratados pela Auditoria que manteve as conclusões alcançadas originalmente, mesmo diante de uma conclusão precipitada em seu relatório.

Verifica-se, assim, que o contrato foi executado nos termos pactuados, conforme entendeu a AJCE, entretanto o resultado efetivo almejado somente não foi possível em decorrência das dificuldades da SME e PRODAM dada a insuficiência de servidores e suporte técnico para a sua concretização.

Em relação à justificativa de preço, a insuficiência de pesquisas, anotada pela Auditoria, pode ser reflexo de uma ação governamental inédita no País, em razão de falta de iniciativas desta ordem no âmbito da Federação.

A avaliação dos preços praticados pela contratação consta do TC 72.003.751.05-39, onde foi realizado o acompanhamento da execução contratual.

Naqueles autos, a Auditoria concluiu pela irregularidade do ajuste em razão de o valor contratado apresentar-se 170% superior aos valores praticados no mercado.

Para sustentar suas conclusões a respeito dos preços, utilizou-se dos resultados alcançados pela Comissão Preliminar instituída no início da gestão subsequente pelo novo Secretário Municipal de Educação que aprovou a Portaria nº 2.986, de 12.04.2005, criando uma comissão preliminar para averiguar os fatos e eventuais responsabilidades relativamente aos PAs 2003.0.225.449-4 e 2004-0.067.430-7.

Para avaliar os preços praticados, a Comissão de Apuração Preliminar aplicou um fator de carga a partir da tabela enviada pela FGV Consulting, regressando por

estimativa ao custo de cada perfil profissional. O fator de carga considerou que, a partir de um valor hora pago ao consultor, a empresa aplica, em média, cerca de 85% sobre este para encontrar o preço de venda.

Em seguida, foi aplicado um fator de 85%, de forma reversa, ou seja, foi dividido o valor hora apresentado por 1,85, apresentando um custo dos profissionais alocados no projeto.

A partir do novo salário calculado, a Comissão aplicou a tabela de salários extraída do *site* RHInfo-Consultoria de Recursos Humanos em Informática, constatando que todos os valores estavam em média 51,28% acima do praticado no mercado.

Em que pese a relevância das informações produzidas pela referida Consultoria para o mercado em geral, há que se tomar certas cautelas quando se comparam os valores registrados em seu banco de dados com os serviços oferecidos pela instituição contratada pela Origem, podendo suscitar questionamentos quanto às premissas utilizadas, vez que a comparação de preços ocorreu entre variáveis com pesos diferentes.

A Fundação Getúlio Vargas é uma instituição singular no Brasil, uma vez que pode ser considerada uma das maiores e das mais respeitadas instituições privadas sem fins lucrativos que tem como objetivo a produção de bens públicos, assim considerados os cursos de mestrado, doutorado, a produção acadêmica e dos indicadores econômicos de divulgação nacional e internacional.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em sua intervenção nos autos, destacou as justificativas trazidas pela Contratada que, em síntese, apresentou as seguintes considerações:

1 – Em 24.12.2003, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD publicou edital de concorrência internacional, regida pelos procedimentos do BID, para contratação de Apoio à Modernização e ao Desenvolvimento Institucional do Tribunal de Contas da União.

2 – Regularmente processada a licitação, a FGV foi declarada vencedora, pois além da técnica, seus preços situaram-se abaixo dos orçados pelas demais concorrentes.

3 – Apresentado o quadro com a respectiva planilha de preços, constatou-

se que o preço médio da hora de consultoria do contrato firmado entre a FGV e o TCU foi de R$ 111,83, fixado em concorrência pública internacional.

4 – Demonstrada a planilha dos preços propostos para a SME-São Paulo, constatou-se que o preço médio da hora de consultoria do contrato firmado com a Educação foi de R$ 90,13, ou seja, 19,40% menor do que o praticado no projeto do TCU.

5 – Esclarece, ainda, que o contrato firmado com a SME, os preços de homem/hora incluem custos de viagens e do aluguel de escritório em São Paulo, necessários para atender unicamente ao Projeto, com as devidas instalações e diversos equipamentos.

6 – Outrossim, demonstra, ainda, que em contratos firmados com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o preço homem/hora foi de R$ 128,51 e com o Tribunal de Justiça daquele Estado, no valor de R$ 121,00, afirmando com absoluta certeza que os seus preços estão dentro da realidade de mercado e de acordo com a qualidade dos serviços prestados pela Instituição há mais de 60 anos, no Brasil e no Exterior.

Ademais, trago à colação o ensinamento do ilustre professor Marçal Justen Filho[2] sobre o tema ao afirmar que:

"A razoabilidade do preço, então, deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante da sua vida profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da sua necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais".

Na hipótese em exame, embora não tenha havido uma pesquisa de preços com diversas outras empresas, a comparação efetivada, em meu entendimento, contém premissas equivocadas, de modo que os elementos que instruem os autos, em especial, as informações de preços praticados pela Contratada em diversas esferas da Administração Pública permitem concluir pela razoabilidade dos preços efetivados.

No que se referem às ressalvas apontadas pelos órgãos técnicos quanto ao atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial, não encaminhamento das informações via sistema eletrônico a este Tribunal e ausência de apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS à

[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 201, p.447.

época da lavratura do ajuste, considero as falhas formais e passíveis de relevação, visto que não comprometeram a execução dos ajustes, nos termos das manifestações da AJCE e da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, acolho as justificativas da Origem e acompanho o parecer da Procuradoria da Fazenda Municipal para **JULGAR REGULARES** o Contrato nº 032/SME-G/2003 e o Termo de Aditamento 36/SME/2004, bem como sua execução contratual referente ao período analisado.

Oficie-se à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, do Ministério Público do Estado de São Paulo, encaminhando cópia da decisão alcançada pelo Plenário, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

Da mesma forma, oficie-se à Câmara Municipal de São Paulo, ao Departamento de Procedimentos Disciplinares e à Secretaria Municipal da Educação.

Após as demais comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro