JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.198.99-05

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. SMS. Serviços técnicos de consultoria. Requisitos demonstrados. Princípios da razoabilidade, vantajosidade e economicidade. Arts. 24, XIII e 26, Parágrafo único, Lei 8.666/93. REGULAR, com DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

TC citado 72-004.477.99-04

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim – Relator, bem como pelo voto do Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor "ad hoc", em julgar regular o Contrato 02/99.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para ciência, tendo em vista reiteradas manifestações presentes nos autos.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria, que, nos termos do voto apresentado em separado, julgou irregular o ajuste, reconhecendo, todavia, os seus efeitos financeiros.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor "ad hoc" e Maurício Faria.

Ausente o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de outubro de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato nº 02/99, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e a Fundação Getúlio Vargas – FGV, objetivando a prestação de serviços técnicos de consultoria para proposta e suporte à implantação de um novo Sistema Integrado de Gestão da Saúde no Município de São Paulo, abrangendo os aspectos relacionados a recursos humanos, processos e finanças, tecnologia de informação como suporte a novos processos, sistemas, métodos, procedimentos e estrutura, no valor de R$ 4.982.400,00 (quatro milhões, novecentos e oitenta e dois mil e quatrocentos reais).

O ajuste referido foi lavrado com dispensa de licitação, de acordo com o disciplinado no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93 **(nota 1),** levando-se em consideração a natureza da contratada.

Alinho, de pronto, que a farta instrução dos autos obriga-me a relatá-los de modo mais alargado do que gostaria. Faço-o, no entanto, em homenagem aos reclamos da boa compreensão dos fatos.

Em sua primeira intervenção, o setor auditor desta Corte de Contas, após apontar afronta ao artigo 79, parágrafo único, da Lei nº 10.544/88 **(nota 2)** e ao artigo 1º, inciso I, parágrafo único, da Resolução nº 04/96 **(nota 3),** solicitou autorização para expedir ofício à contratante, objetivando que fossem apresentados:

1) Cronograma de entrega dos produtos consoante item 1.4 da Cláusula Primeira;

2) Justificativa do preço contratado, conforme estabelece o artigo 26, parágrafo único, item III, da Lei nº 8.666/93;

3) Composição da equipe técnica discriminando a quantidade por categoria profissional;

4) Demonstrativo do custo da equipe técnica/apoio; e

5) Horas Técnicas programadas para cada atividade a ser executada.

Com a autorização do Nobre Conselheiro Relator, após a expedição de mensagem, a Secretaria encaminhou os documentos acostados às fls. 142/166.

Diante do acrescido, a Divisão Técnica II considerou atendida a solicitação precedente, concluindo pela regularidade do ajuste, ressalvando, porém, a extemporaneidade de sua publicação e da remessa a esta Casa.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se às fls. 172/175, propondo, preliminarmente, fosse a Pasta indagada sobre existência de outras instituições similares, prestadoras de serviços da mesma natureza, para verificar se a solução tomada era a mais adequada, no que toca ao preço contratado.

Acolhida essa proposta, sobre a dúvida expressou-se a Secretaria envolvida, para afirmar que pelo teor do artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, a Administração está autorizada a escolher, no âmbito de sua discricionariedade, entidade que preencha os requisitos legais estabelecidos, não havendo qualquer vínculo com eventual exclusividade na prestação dos serviços.

Na seqüência, em nova intervenção, a Unidade Jurídica desta Casa, após apontar que a Contratante deixara de abordar a questão relacionada à justificativa do preço, opinou pela irregularidade do ajuste.

De sua parte, o nobre Conselheiro Relator determinou a intimação do então Secretário Municipal da Saúde, para oferecimento de defesa, tudo em homenagem ao artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna **(nota 4).**

O Secretário intimado manifestou-se às fls. 201/204, informando, em resumo, que houve sim cautela da Secretaria no sentido de apurar-se a compatibilidade dos preços contratados e dos praticados no mercado, à época. Acrescentou que foram utilizados como comparativos contratos similares, formalizados por outras Pastas, para verificar a razoabilidade dos preços. Asseverou, ainda, que não há qualquer indício de que o preço contratado se oferecesse desarrazoado, valendo apontar que a Fundação foi escolhida porque apresentava melhores condições para a realização do serviço, atendidas as necessidades da Administração.

Ao considerar a defesa apresentada, a Assessora Jurídica, que vinha militando nos autos, manteve sua conclusão anterior, propondo a rejeição do ajuste, sendo outro, no entanto, o entendimento esposado pela Senhora Assessora Subchefe que, por entender que todos os requisitos exigidos para a contratação mostravam-se presentes, concluiu por sua regularidade.

Essa última manifestação foi encampada pela Procuradoria da Fazenda Municipal, à fl. 228.

De sua parte, a Secretaria Geral inclinou-se pela regularidade do contrato, porquanto, conforme salientado pela douta Procuradoria da Fazenda, foi a Fundação Getúlio Vargas a entidade que, no entender da Contratante, *'apresentou um diagnóstico perfeito dos problemas enfrentados pela Secretaria Municipal da Saúde, na Gestão do Sistema de Saúde da Cidade'*, a par de ter ficado evidente a razoabilidade do preço cobrado. Quanto à intempestividade da publicação e do atraso na remessa, considerou serem irregularidades meramente formais, o que ensejaria relevação.

Nesse momento processual, o nobre Relator determinou que os órgãos técnicos verificassem se os preços contratuais mostravam-se compatíveis com os praticados no mercado ou com outras contratações similares.

Após dados divergentes oferecidos pela Auditoria, a Procuradoria da Fazenda Municipal indagou se as ofertas cotejadas consideraram dados semelhantes ou não, o que teria, por certo, reflexo nas conclusões sobre preços.

A partir dessa ponderação encampada pelo Juiz Relator, a Assessoria Técnica de Economia esclareceu que a pesquisa de preços em causa resultou comprometida, posto que são diversos os objetos nela considerados, variando os preços em função das diferentes demandas.

Após os esclarecimentos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle expressaram-se pela irregularidade do contrato, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal, ponderando que o objeto foi executado a contento, requereu fosse a Secretaria comunicada das conclusões dos órgãos técnicos.

Oficiada, a Pasta ofereceu as razões de fls. 375/377, que não alteraram o entendimento já consignado no curso da instrução pela área técnica desta Corte.

No intuito de propiciar a complementação da instrução, aquela Procuradoria, então, propôs que a Contratante fosse notificada, para demonstrar os parâmetros que se utilizou para concluir que o preço praticado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV era *'compatível e até mesmo inferior aos valores praticados por organizações prestadoras de consultoria de grande porte.'*

Com isso, a Secretaria Municipal da Saúde ofereceu suas justificativas, explicando, em suma, que os preços pagos foram os de mercado, não havendo nenhuma irregularidade no ajuste sob análise.

Ao examinar esses dados, a equipe auditora entendeu que eles não veicularam qualquer fato novo, ratificando, assim, a opinião de fls. 351/352, orientada pela irregularidade do ajuste.

Em novo pronunciamento, a Assessoria Jurídica desta Casa sugeriu o chamamento aos autos da Fundação Getúlio Vargas – FGV, na condição de 3º (terceiro) Interessado, nos termos do previsto no artigo 107, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

Silente a Contratada, aquela Unidade Jurídica opinou pela irregularidade do ajuste, com a proposta de acolhimento de seus efeitos financeiros.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido do acolhimento do instrumento em análise ou da aceitação de seus efeitos financeiros.

Por fim, a Secretaria Geral expressou-se pela razoabilidade do preço contratado e acolhimento do ajuste.

É o relatório.

VOTO

O ajuste em causa, segundo emerge da leitura dos autos, foi realizado com dispensa de licitação, calcado na moldura do artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, que, na redação dada pela Lei nº 8.883/94, admite, entre outras hipóteses ali mencionadas, a contratação direta de *'instituição brasileira incumbida de pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional'*.

Os requisitos legais aplicáveis, inerentes à Contratada, restaram amplamente demonstrados nos autos, assim como a compatibilidade do objeto do ajuste e os objetos sociais da Fundação.

O ponto controvertido, suscitado por setores desta Casa, está circunscrito à questão do preço avençado, sendo o ponto crucial o esclarecimento referente à justificativa apresentada pela Contratante.

Consoante dispõe o artigo 26, parágrafo único, da Lei de regência, o processo de dispensa de licitação deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor e com a justificativa de preços.

No que concerne à regularidade do instrumento, inclino-me a perfilhar as conclusões desenvolvidas pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral.

Da longa instrução destes autos, resultou patente que a Secretaria envolvida cuidou de buscar parâmetros para formalizar a contratação, valendo-se, segundo suas razões de defesa, de outros ajustes firmados pela Administração.

A este passo, consigno, *"data maxima venia",* que divirjo das conclusões alcançadas pela área técnica desta Casa, pois entendo, conforme já consignei em outras oportunidades, que a justificativa não se confunde com a pesquisa de preços, vez que, embora esta possa ser utilizada para justificar os valores praticados, não constitui a única forma para atender às exigências do preceito legal invocado, cujo desiderato pode, a meu ver, ser obtido por outros mecanismos.

Aliás, sobre o tema, confira-se a lição de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, ao comentar o artigo 24, XIII, do Estatuto Licitatório Federal – hipótese de que se cuida –, do seguinte teor:

> *'...o inciso não exige que o preço seja compatível com o de mercado, aceitando-se justificativa para o descompasso entre o preço contratado e o praticado no comércio. Às vezes, a vantagem auferida com a contratação direta não está no preço, mas em algum outro fator.'* (Contratação Direta sem Licitação, Editora Brasília Jurídica, 5ª Edição, 2000, páginas 431/432).

E mais adiante:

> *'O preço a ser pesquisado, portanto, não é propriamente o de mercado, mas o que pode ser praticado no âmbito da Administração.'* (autor e obra citados, página 651).

Acrescente-se, por oportuno, o caráter específico do ajuste examinado a envolver além da prestação dos serviços de consultoria, o fornecimento de toda a infra-estrutura, tornando-o amplamente diferenciado do mero trabalho de auditoria.

Reclamam consideração, ainda, a inafastável capacidade técnica da Contratada e o preciso diagnóstico por ela apresentado à Contratante, que, por certo, mostram-se como elementos consideráveis na ponderação de vantajosidade do ajuste para a Administração.

Destarte, a meu ver, restou devidamente demonstrada a razoabilidade dos preços.

Dessa forma, observado o Princípio da Razoabilidade, pode-se inferir que os valores ajustados na presente avença amoldam-se, também, aos parâmetros dos Princípios da Vantajosidade e da Economicidade.

Neste sentido, entendendo que o interesse público foi plenamente atendido, não havendo indício de prejuízo ao erário municipal e fundamentado nos pareceres da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que ficam fazendo parte integrante deste voto, julgo regular o Termo de Contrato nº 02/99.

Determino, por fim, para ciência, expedir encaminhamento de cópia deste relatório e voto ao Ministério Público Estadual, tendo em vista reiteradas manifestações.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Ao longo da instrução processual restou demonstrado que a contratação em causa descumpriu o preceito inserto no art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei 8.666/93, em razão da ausência de prévia justificativa dos preços contratados, o que configura falha formal impeditiva do acolhimento do ajuste.

Cumpre, nesse passo, destacar que a questão que ora se coloca distingue-se daquela debatida nos TCs 452.04-70 e 168.04-77, onde se analisou a contratação da FIA pela SME, porquanto entendi, naquela oportunidade, que a Origem havia apresentado justificativa de preços apta a confirmar a compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados no mercado.

Na presente contratação restou inequívoco que a Origem se furtou à justificativa prévia dos preços praticados, o que constitui irregularidade impeditiva do acolhimento do ajuste.

Oportuno registrar que referida irregularidade não representa falha meramente formal, pois é por meio da justificativa de preços, sobretudo em se tratando de contratação direta, que se garante a adequabilidade do gasto público. Se na seara das relações privadas os riscos de uma contratação antieconômica são tolerados, não se pode afirmar o mesmo em relação às contratações públicas. O Administrador tem por dever garantir, por todos os meios existentes, que os recursos públicos estão sendo empregados de forma eficiente e econômica.

A questão da compatibilidade dos preços apresentou-se, então, como fator decisivo para a ponderação acerca da possibilidade do reconhecimento dos efeitos financeiros do contrato.

Nesse sentido, a Auditoria e a AT-Economia foram demandadas a verificar a compatibilidade dos preços praticados com o mercado, não chegando, todavia, a uma conclusão, sob a alegação da impossibilidade de cotejo de valores junto ao mercado de objeto tão específico, diante, ainda, do tempo decorrido.

Em que pesem as alegações da Auditoria, entendo que, a partir da demonstração da composição dos custos de cada grupo de atividades, constante do Plano de Trabalho apresentado pela contratada juntamente com sua proposta (fls. 157/166), é possível avaliar a razoabilidade dos preços praticados.

Com efeito, pode-se observar das composições de custos constantes dos autos que as tarifas de horas técnicas foram explicitadas por tipo de profissional e desta forma poderiam ser comparadas àquelas constantes de publicações especializadas existentes, a exemplo do Regulamento de Honorários do IBAPE, de 09/10/2000, cujo valor de hora técnica, composto de custos diretos e custos reembolsáveis, perfaz o total de R$ 157,28, que retroagido a fevereiro de 1999, cuja variação representou algo em torno de 12%, equivale ao valor de R$ 140,42. A comparação também pode ser feita em relação à Tabela Referencial de Honorários do SESCON/RS, cujo valor de hora técnica de Consultoria, Assessoria e

Pareceres, acrescida de custos reembolsáveis e taxa de administração, representa o valor de R$ 131,07, na data base de 1999.

Os valores de horas técnicas encontrados, quando comparados ao valor médio da hora técnica de equipe de R$ 131,81 praticado no contrato em apreço, possibilitam a demonstração sua da razoabilidade, embora não regularize a falta de justificativa de preço pela Origem.

Isto posto, considerando a demonstração da razoabilidade dos preços praticados pelo contrato "sub examine", julgo irregular o ajuste, em razão da ausência de justificativa dos preços contratuais, reconhecendo, todavia, os seus efeitos financeiros.

Observo, por fim, que a análise da execução do presente contrato está sendo realizada nos autos do TC 4.477.99-04 e mereceu parecer favorável da Auditoria desta E. Corte.

Trânsito em julgado: 18.11.2008.