EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.208.11-25

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Pesquisa, inovação e desenvolvimento. Sistema Integrador. Gateway. Integração do protocolo aberto de controladores de semáforos padrão Urban Traffic Management Control com os Controles de Área. Decorrente de contratação direta. Art. 24, XIII, Lei 8.666/93. Irregularidades superadas. ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 7º, § 4º, 24, XIII, 26, parágrafo único, 40, IX, 55, IV, VII, IX, XI, XIII e 56, Lei 8.666/93. Art. 2º, I e 12, Dec. Mun. 44.279/03.

2.715ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

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 pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em acolher o Contrato 008/11-SMT.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Secretaria Municipal de Transportes – SMT maior cuidado na feitura dos ajustes de seu interesse, em face das conclusões dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral desta Corte.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, consoante declaração de voto apresentada, julgou irregular o contrato.

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, 26 de novembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

O presente TC focaliza a análise e julgamento do Contrato nº 008/11-SMT, pactuado diretamente pela Secretaria Municipal de Transportes com a Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo – FUSP, objetivando a pesquisa, inovação e desenvolvimento do sistema integrador para a universalização das controladoras dos semáforos da cidade de São Paulo, pelo preço ajustado de R$ 3.440.800,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta mil e oitocentos reais) e prazo de duração de 10 (dez) meses.

De acordo com o Despacho copiado às fls. 169/170 destes autos, o Ajuste foi autorizado pelo então Secretário Municipal de Transportes, Marcelo Cardinale Branco, com arrimo no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/1993[1], que dispensa a licitação na contratação, verbis **"*de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos*".**

No relatório de avaliação, encartado às fls. 221/228 e 229/229v., a Equipe Técnica de Fiscalização e Controle desta Corte concluiu pela irregularidade da Contratação devido aos apontamentos a seguir resumidos:

- ausência de motivação e de justificativa para a contratação direta, implicando ofensa aos artigos 24, XIII, e 26, parágrafo único, II, a Lei Federal nº 8.666/1993[2] e artigo 2º, inciso I, e 12 do Decreto Municipal nº 44.279/2003[3];

---

[1] **Art. 24** - É dispensável a licitação:....
XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

[2] **Art. 26 -** As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
Parágrafo único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: ...
II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

[3] **Art. 2º.** O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos:
I - requisição de material ou justificativas para contratação;
Art. 12. Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço.

- ausência de justificativa aos preços contratados e inclusão de valores om previsão de quantidades desrespeitando os artigos 26, § único, inciso III, e 7º, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/1993[4];

- omissão de cláusulas contratuais obrigatórias exigidas pelos artigos 55, incisos IV, VII, XI e XIII, e 40, inciso IX, da Lei Federal nº 8.666/1993[5];

- prazo de contratação menor que o previsto no Anexo I, infringindo o artigo 55, IV, da Lei Federal nº 8.666/1993;

- não disponibilização das informações no site da Prefeitura.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em primeira intervenção, acompanhou as conclusões da Auditoria, destacando a probabilidade de ofensa aos princípios da motivação e de prejuízos ao Erário, sugerindo, entretanto, a Subchefia encaminhamento de ofício à Secretaria, para conhecimento das irregularidades suscitadas, em cumprimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa (fls. 231/236 e 237).

Na resposta enviada, a Secretaria Municipal de Transportes – SMT reportou-se aos esclarecimentos de suas áreas técnicas, em especial do Diretor de Sinalização da CET, que apresentou um histórico das contratações e implantações do sistema semafórico inteligente na Cidade de São Paulo, observando que foram realizadas três licitações no ano de 1994, resultando

---

[4] **Art. 26 -** As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único d o art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
Parágrafo único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
III - justificativa do preço.
Art. 7º - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços.
§ 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

[5] **Art. 55** - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
...
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.
Art. 40 - O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
...
IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

na contratação de três sistemas diferentes de controle do tráfego, cuja integração não foi planejada.

Esse mesmo Diretor explicou tecnicamente o funcionamento dos sistemas operados e a necessidade de sua "universalização", de modo a permitir a "migração para novos sistemas" visando ao acompanhamento da "evolução tecnológica e a queda de preços".

O expediente da Secretaria cuidou, ainda, de esclarecer o tempo de duração do Ajuste, a correlação das especialidades da Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo – FUSP ao objeto contratual, à cobertura da garantia e à divulgação no site da Prefeitura (fls. 244/284).

Essas respostas foram detidamente analisadas pela Auditoria que manteve, no entanto, todos seus apontamentos, à exceção das informações do Contrato na internet, reafirmando a conclusão de que a contratação é temerária e capaz de acarretar prejuízos ao Erário (fls. 286/288).

Nessa mesma esteira foram o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, ambas opinando pelo não acolhimento do Ajuste (fls. 292/296 e 298/302), ao passo que a Procuradoria da Fazenda Municipal endossou integralmente os esclarecimentos e informações da Secretaria, tutelando a aceitação do Contrato, ou, alternativamente, de seus efeitos financeiros, como homenagem ao princípio da segurança jurídica (fl. 297).

É o relatório.

VOTO

O foco deste procedimento, como já foi explicitado no segmento relatorial, é o Contrato pactuado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Transportes – SMT, e a Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo – FUSP, objetivando "a Pesquisa, Inovação e Desenvolvimento de Sistema Integrador para a Universalização dos Semáforos da Cidade de São Paulo", com dispensa de licitação fundamentada no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/1993.

É imperioso verificar, inicialmente, se esse preceptivo autoriza a contratação direta, como uma das hipóteses de exceção à regra da licitação, em face das objeções suscitadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, com o respaldo do Secretário Geral, da não comprovação do nexo de pertinência lógica entre o objeto contratado e os objetivos definidos no estatuto da Instituição contratada.

Entretanto, examinando os estatutos da Entidade, às fls. 11/24, verifico que a Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo – FUSP tem, no rol de seu artigo 5º, estas atribuições:

- *"apoio a realização de estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias, produção e divulgação de informações e*

conhecimentos na área de informática, contribuindo, inclusive, com políticas de inclusão digital". (inciso V, letra "g")

- "*celebrar acordos para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnologia e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas".* (inciso VIII)

Assim, entendo, "data venia", que essas qualificações atendem às especificidades do preceito que dispensa a obrigatoriedade da licitação, tendo em vista os objetivos do Contrato em julgamento e sua afinidade ou pertinência lógica com aquelas atribuições.

Essa correlação deve ser apurada e avaliada em cada caso concreto, pois, como anota Marçal Justen Filho:

"O objeto da Instituição deverá abranger pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, conceitos que, na explicação do mestre*, deverão ser interpretados de modo amplo, sem eliminar uma delimitação segundo a concepção adotada e prevalente no momento em que ocorrer a contratação"* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 7ª edição, 2.000, pág. 255, nº 18).

Assim, na minha visão, considero o caso concreto destes autos assimilado à hipótese figurada no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal Básica.

De outa face, não vislumbro ofensa ao princípio da motivação informado pela Auditoria, na medida em que o Ajuste foi tecnicamente justificado pelo Diretor de Divisão, na defesa apresentada pela Pasta ao esclarecer, "verbis" : *"o objetivo do contrato é exatamente esse Construir um tradutor chamado no projeto de Gateway, constituído de programas, equipamentos e licença para uso do município, e tem o objetivo final de traduzir o que as centrais (protocolos, proprietários) emitem de comandos e convertê-los para os protocolos abertos existentes atualmente, e vice-versa."* (fl. 255).

Esses aspectos, de cunho eminentemente técnico, não foram, "permissa venia", convenientemente refutados pela Auditoria, tanto que a Secretaria Municipal de Transportes - SMT considerou pertinente a contratação ao fazer o histórico resumido do projeto CTA – Central de Tráfego em Área, apontando as dificuldades enfrentadas por sistemas exclusivos e proprietários (patentes) sobre o funcionamento e manutenção da sinalização semafórica inteligente, documento esse inclusive referido na manifestação de fls. 286/288.

De sua vez, a Diretoria Administrativa e Financeira esclareceu que a inexistência de uma solução de Gateway no mercado, relatada pelo Diretor de Sinalização "inviabiliza eventual cotejamento de preços para uma avaliação rigidamente parametrizada", além de que pesou na contratação a credibilidade do nome da Universidade de São Paulo.

A despeito dessa explicação pecar pelo seu laconismo, entendo, s.m.j., que a Auditoria não trouxe, na sua analise, paradigmas de mercado que permitissem o confronto com os valores unitários discriminados na planilha de fl.

214, que compôs o preço total de R$ 3.440.800,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta mil e oitocentos reais), aceito pela Pasta interessada.

A Auditoria apontou, também, infringência aos artigos 40, IX e 55, IV, VII, XI e XIII, da Lei Federal nº 8.666/1993, o primeiro deles exigindo a indicação do critério de reajuste no Edital de Licitação, e o segundo estabelecendo como cláusulas necessárias do contrato administrativo, entre outras:

- a determinação dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso (inciso IV);

- os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas (inciso VII);

- a vinculação da proposta às condições do edital (inciso XI); e

- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (inciso XIII).

Essas disposições, conquanto obrigatórias e extensivas às contratações diretas, não invalidam o ajuste quando omitidas no instrumento, sendo supridas, conforme o caso, pela legislação aplicável.

Ademais, possuem caráter formal que não prejudica o todo da contratação, motivo pelo qual são passíveis de relevação, ante a ausência de má-fé e de não comprovação de prejuízo.

Por fim, quanto aos questionamentos aos itens 15.15 e 15.21 do relatório da Auditoria, a garantia para execução do contrato está prevista na cláusula do Contrato, à razão de 5% (cinco por cento) sobre o valor de cada nota fiscal apresentada e a publicação do extrato do contrato comprovada às fls. 279, 283 e 284, onde consta a informação sobre as datas de publicação.

Conquanto o critério adotado para previsão da garantia não se coadune com o disposto no artigo 56 da Lei Federal, que toma em consideração o valor total do contrato e não o valor de cada nota fiscal, como previsto na citada cláusula, entendo que a questão ficou superada com a entrega do trabalho pela Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo – FUSP, como também superada a matéria sobre a publicidade do contrato, com a juntada dos "prints" acima referidos.

De todo modo, o artigo em tela, "caput", deixa a critério da autoridade competente, exigir, em cada caso, a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras, ou, como anota o autor atrás citado, à página 515 de sua obra:

"A Lei remete à discricionariedade da Administração a exigência da garantia (poderá/deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que

se faça necessária. Quando inexistirem riscos de lesão do interesse público, a Administração não precisará impor a prestação de garantia."

Esse parece-me ser, o caso figurado neste processo, em que o Contrato tem por alvo trabalho de pesquisa, inovação e desenvolvimento de um sistema integrador das controladoras dos semáforos da cidade de São Paulo, a cargo de instituição de apoio à Universidade de São Paulo, sem fins lucrativos (Estatutos, artigo 1º e 4º).

Diante do exposto, Acolho o Contrato "sub examine" pactuado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo – FUSP, copiado às fls. 194/200, determinando à Contratante maior cuidado na feitura dos Ajustes de seu interesse, em face das conclusões das unidades técnicas e da Secretaria Geral.

Declaração de VOTO apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria:

Na esteira das manifestações unânimes da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, voto pela irregularidade do Contrato nº 008/11-SMT, tendo em vista as graves irregularidades detectadas inicialmente pelo Órgão Técnico, a saber: ausência de justificativa para a contratação do objeto, bem como, para a contratação por dispensa de licitação e para os preços contratados; ausência de cláusulas obrigatórias; ausência da prestação da garantia contratual; e prazo da contratação menor que o prazo proposto no Anexo I.

Destaco, neste momento, pela oportunidade, o registro efetivado pela respectiva Coordenadoria, acerca do Ajuste, no sentido de "grave risco de prejuízo ao Erário Municipal, caso levado a efeito" (fl. 228 do TC em apreço).

Outrossim, mister ressaltar o destaque igualmente consignado pela Dra. Izabel Monteiro, Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo, à época, no tocante à "ausência de justificativa para a contratação, notadamente em face dos reiterados problemas observados na execução do objeto contratado, bem como os indícios de incorreta subsunção do caso concreto ao disposto no artigo 24, inciso XIII da Lei Federal nº 8.666/93" (fl. 237).

Nesse diapasão, ainda que em tramitação neste Tribunal, o TC nº 72.002.930/12-41, que trata da pertinente execução contratual, aborda um robusto rol de irregularidades.

Pelo exposto, julgo **irregular e deixo de acolher o Contrato nº 008/11-SMT.**