II – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/003496/2003
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, São Paulo Transporte S.A. e Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 05/06/2013 – São Paulo Transporte S.A. e Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE – Contrato 2003/78 (TA 01/2003) – Serviços de arquitetura e engenharia para desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência destinadas ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de São Paulo, englobando elaboração do projeto executivo completo, definição de soluções tecnológicas e projetos que viabilizem operacionalmente a integração

3.218ª Sessão Ordinária

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. Serviços de arquitetura e engenharia. Estações de transferência. Elaboração do projeto executivo e definição de soluções tecnológicas. Decisão que julgou irregular o ajuste e não aceitou os efeitos financeiros por ausências de processo administrativo, justificativa de preço, nexo do objeto da contratada com a contratante e por subcontratação. 1. Em contratos de dispensa ou inexigibilidade de licitação há que se ter maiores cuidados no que toca à subcontratação. Art. 72, Lei 8.666/93. Art. 78, VI, Lei 8.666/93. Acórdão TCU 522/14. 2. A contratada desempenhou papel de direção e coordenação técnica especializada, articulando o sentido e o objetivo das participações de terceiros, que, por sua vez, restringiu-se a uma parcela complementar. 3. A falta de apresentação do orçamento detalhado em planilha deve ser sopesada, considerando o fato de que a Administração contratou a concepção de um projeto, em que o resultado pretendido é conhecido, mas não a forma pelo qual o mesmo será alcançado, demonstrando o ineditismo e a inovação do objeto contratado. 4. Não há que se falar em prescrição da atividade de controle, mas tão somente da prescrição intercorrente da obrigação de ressarcimento. Lei 9.873/99. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS para julgar regular o contrato. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO. Nesta sessão, o Doutor Jaime Magalhães Machado Júnior, proferiu sustentação oral, nos termos do artigo 164 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, nos termos do relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Vice-Presidente EDUARDO TUMA, no exercício da Presidência, 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 dar provimento aos apelos interpostos, para julgar regular o Contrato 2003/78, firmado entre a SPTrans e a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE.

Vencidos, no mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor e o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR, que deram provimento parcial aos apelos, apenas para reconhecer os efeitos financeiros, e mantiveram, no mais, o entendimento pela irregularidade do Contrato.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de junho de 2022.

EDUARDO TUMA – Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto
JOÃO ANTONIO – Relator
/affo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO JOÃO ANTONIO – RELATOR

Processo: **TC/003496/2003**

Interessadas: Procuradoria da Fazenda Municipal, São Paulo Transporte S.A. e Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE

Objeto: Recursos interpostos em face do v. Acórdão de 05/6/2013 – São Paulo Transporte S.A. e Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE – Contrato 2003/78 (TA 01/2003) – Serviços de arquitetura e engenharia para desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência destinadas ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de São Paulo, englobando elaboração do projeto executivo completo, definição de soluções tecnológicas e projetos que viabilizem operacionalmente a integração

Tratam estes autos da análise dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 396/405), pela São Paulo Transporte S.A. (fls. 425/431) e pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia (fls. 433/455), em face do v. Acórdão de fls. 391/392 que, por maioria dos votos, julgou irregular o Contrato n° 2003/078, firmado entre a SPTrans e a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE, por meio de contratação direta, fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93.

Referida contratação teve por objeto a prestação de serviços de arquitetura e engenharia para desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência destinadas ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de São Paulo, englobando elaboração do projeto executivo completo e definição de soluções tecnológicas e projetos que viabilizem operacionalmente a integração.

No v. Acórdão recorrido esta Corte decidiu, por maioria, julgar irregular a contratação, tendo em vista que a Fundação contratada subcontratou todos os projetos de arquitetura e os complementares, deixando ainda de aceitar os efeitos financeiros do ajuste, tem razão das infringências contratadas.

A Procuradoria Municipal da Fazenda em seu recurso aduz, em síntese, o teor da manifestação da Origem de fls. 156/161, ressaltando, ainda, que os autos não dão notícia de prejuízo ao Erário ou de má-fé, pelo que entende *"que os aspectos criticados pelo v. Acórdão e pelos órgãos técnicos da C Corte, de impropriedades de natureza meramente formal, posto destituídas de repercussões materiais e substantivas"*. Assim, requereu a Fazenda o provimento do seu recurso seja acolhido o contrato em análise.

A São Paulo Transporte – SPTrans, em seu recurso (fls. 425/431), alega que a FDTE promoveu um "debate" entre arquitetos e engenheiros, após o qual sete escritórios de arquitetura foram convidados a apresentarem propostas de concepção para as estações de transferência e somente com escolha da proposta vencedora, utilizando-se de critérios pré-

definidos, é que foram desenvolvidos os projetos e os trabalhos de fabricação, fiscalização e implantação das referidas estações de transferência.

Aduz ainda que "*... as atividades principais do objeto contratado, quais sejam, o estudo, a pesquisa e a definição do conceito (ou problema), foram desenvolvidas pela FDTE, sendo subcontratadas apenas as atividades secundárias e complementares, como o detalhamento arquitetônico do conceito definido por especialistas*". No que toca à aceitação dos efeitos financeiros do contrato, à vista das infringências constatadas, a SPTrans ressalta que tendo ocorrido a prestação de serviços, não há de se falar em dano ao Erário municipal, uma vez que, ao revés, estaria caracterizado o enriquecimento sem causa por parte da Administração.

Já a recorrente Fundação para Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE alega, em síntese, que o objeto do contrato celebrado com a SPTrans e os objetos sociais de constituição da FDTE coincidiam perfeitamente, tanto que as obrigações contratualmente ajustadas pelas partes foram executadas com rigor e entregues à Administração Pública Municipal pela FDTE, sem qualquer ressalva.

Em relação à subcontratação parcial de serviços arquitetônicos, argumenta que:

> *"... os serviços de natureza arquitetônica somente foram realizados pela subcontratação após a definição, pela FDTE, de todos os critérios norteadores, e se esses serviços demandaram menos de 1/5 do prazo de vigência contratual e, aproximadamente, 25% do valor estabelecido no contrato, não há como considerá-los predominantes no escopo do contrato, quando comparados aos serviços de engenharia sob responsabilidade da FDTE, consubstanciados na elaboração de estudos e definições de tipologias; realização de análises, assessorias e fiscalizações técnicas para a produção de protótipos; no desenvolvimento de soluções de engenharia, na elaboração de memoriais descritivos, planilhas orçamentárias e manuais de utilização, dentre outros".*

Alega ainda que a decisão deixou de considerar a multidisciplinaridade do escopo do contrato e a expertise da FDTE na atuação em área afetas à engenharia, ao desenvolvimento de soluções tecnológicas, ao urbanismo, arquitetura e planejamento, bem como desconsiderou todos os serviços sob sua responsabilidade para o integral cumprimento das obrigações objeto da contratação.

Em relação à permissão para subcontratação de atividades complementares e subsidiárias ao escopo principal do contrato, aduziu esta recorrente que apesar da posição conflitante existente na doutrina e na jurisprudência acerca da regularidade de subcontratação, em contratos baseados no inciso XIII, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93, há que se sopesar que todos os elementos constantes dos autos indicam a inexistência de dolo ou má-fé da contratada, que, no seu entender se cercou de todos as precauções necessárias para a regular prestação dos seus serviços à SPTrans. Aduziu assim que:

> *"Nesse contexto, deve-se ponderar que a admissão da subcontratação afigurou-se, neste caso, não só como uma forma de resgatar a satisfação do interesse público, como também uma medida acautelatória, para minimizar eventuais riscos impeditivos da consecução do objeto contratual por parte da FDTE".*

Citou também o posicionamento exertenado pelo Ilustre Cons. Maurício Faria, proferido no Voto em Separado nos autos do TC/003094/2006, no seguinte sentido:

> *"Acompanho a manifestação da AJCE e da Secretaria-Geral e, considerando que, no caso, a cláusula que prevê a subcontratação não incidiu, uma vez que o ajuste foi executado pela Fundação contratada, Voto pela regularidade do ajuste. Todavia, deixo de acompanhar o relator em relação à recomendação para que não conste em contratos baseados no inciso XIII do artigo 24 da Lei 8.666/93 tal possibilidade, uma vez que a vedação não deve ser geral, mas deverá ser aferida em cada caso concreto, já que, em tese, pode surgir situação em que a subcontratação de atividade meramente materiais e subsidiárias não constitua irregularidade, desde que a atividade intelectual objeto do ajuste seja executada diretamente pelo contratado"*

Registrou ainda que cumpriu seu dever de ofício, informando ao ente da Administração Pública que, se houvesse necessidade de prestação de serviços de natureza exclusivamente arquitetônica, seria necessária a subcontratação, alegando que fez constar do contrato firmado entre as partes a ressalva de que "poderá ser admitida a subcontratação parcial do objeto deste Contrato, mediante prévia e expressa aprovação da CONTRATANTE", conforme previsão da na Cláusula Décima Segunda do ajuste, autorização essa que, segundo a recorrente, *"a SPTrans concedeu formal e expressamente, como é incontroverso nos autos"*.

Alega que foram entregues todos os serviços objeto do contrato firmado com a SPTrans, desta maneira, "*não pode ser ela, FDTE, apenada com a determinação de devolução ao erário municipal da integralidade dos valores que recebeu para cumprimento do contrato..."*, conforme preceitua o art. 59, par. único da Lei 8.666/93, impondo-se assim a reforma do v. Acórdão e reconhecimento dos efeitos financeiros do contrato objeto destes autos ou, subsidiariamente, em caso de manutenção do entendimento de impossibilidade de subcontratação parcial do objeto do contrato, que a decisão quanto a não aceitação dos efeitos financeiros seja limitada aos contratos firmados pela FDTE com os terceiros subcontratados.

Encaminhados os autos à AJCE, esta se manifestou às fls. 459/470, opinando pelo conhecimento e improvimento dos Recursos em análise, vez que os mesmos não trouxeram elementos novos que pudessem elidir entendimento exarado anteriormente.

A PFM, a seu turno (fl. 472), propugnou a regularidade do ajuste examinado, tendo em vista a ausência de demonstração de prejuízo ao erário, dolo ou má-fé.

Ao final, a Secretaria-Geral opinou pelo conhecimento dos Recursos interpostos, uma vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, opinou pelo não provimento dos mesmos, por não verificar nenhum elemento novo capaz de alterar a R. Decisão recorrida.

É o Relatório.

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

VOTO

Em julgamento os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela São Paulo Transporte S.A. e pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia, em face da r. Decisão de fls. 391/392 que, por maioria dos votos, julgou irregular, sem aceitação dos efeitos financeiros, o Contrato n° 2003/078 firmado entre a SPTrans e a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE, por meio de contratação direta, fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93.

Referida contratação teve por objeto a prestação de serviços de arquitetura e engenharia para desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência destinadas ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de São Paulo, englobando a elaboração de projeto executivo completo e definição de soluções tecnológicas e projetos que viabilizassem operacionalmente a integração.

Preliminarmente, na linha dos pareceres da AJCE e da Secretaria-Geral, conheço dos recursos interpostos, eis que presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 138 e seguintes do Regimento Interno, bem como no art. 46 da Lei Orgânica desta Corte de Contas.

No que toca ao mérito, verifico que a controvérsia travada nestes autos, em grande medida, diz respeito à possibilidade ou não de subcontratação em ajustes decorrentes de contratação direta.

A Lei 8.666/93 versa, em dois artigos, acerca do instituto da subcontratação: art. 72, que estabelece que o contratado pode subcontratar partes dos serviços pactuados dentro dos limites estabelecidos pela Administração e também o art. 78, inciso VI, que faculta a subcontratação total ou parcial do objeto do ajuste quando existir previsão editalícia e contratual.

Referidos dispositivos não fazem distinção entre ajustes precedidas de licitação ou contratação direta. Por óbvio, entretanto, que em contratos realizados por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação há que se ter maiores cuidados no que toca à subcontratação, a fim de se evitar fraude ao dever de licitar, bem como a intermediação indevida de contratações públicas.

Este entendimento é corroborado pela jurisprudência do TCU, conforme trecho do Acórdão 522/2014 – Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler:

> *"(...) para as contratações diretas, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que há maiores limitações para a realização de subcontratação. Esse entendimento decorre de uma interpretação sistemática da norma no sentido de que a subcontratação não pode ser instrumento para que a empresa contratada atue meramente como intermediária. Em outras palavras, busca-se evitar a fuga ao regular certame licitatório, pois a empresa de fato executora do objeto não preencheria os requisitos subjetivos e objetivos para que fosse contratada sem licitação com fulcro no art. 24 da Lei 8.666/1993."*

Entretanto, ainda nos termos do voto condutor do citado julgado, as conclusões acima *"não devem ser interpretadas de forma absoluta, no sentido de que em nenhuma hipótese*

a contratada possa se valer de serviços ou bens executados/fornecidos por terceiros. Isso porque a realidade mercadológica, no mais das vezes, impõe essa necessidade (...) ***Em outras palavras, cabe verificar em cada caso se houve a desvirtuação da norma legal de forma a se concluir que a contratada por dispensa de licitação atuou como mera intermediária."*** (grifo nosso)

No caso objeto destes autos, verifico que o cerne da contratação em tela estava vinculado ao desenvolvimento e produção de soluções tecnológicas afetas à área de engenharia, voltadas ao desenvolvimento de estações de transferências destinada ao "Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros", tendo em vista a implementação do denominado "Bilhete Único" no ano de 2003, que provocou profunda alteração estrutural no transporte coletivo na cidade de São Paulo.

A introdução desse novo sistema, que permitiu a integração das diversas modalidades de transporte público na cidade, demandou a adoção de novas soluções de tecnologia para emissão do bilhete único aos usuários, com desenvolvimento de sistemas informatizados de controle de passagens e arrecadação, bem como a necessidade de desenvolvimento de soluções físicas, como terminais e estações de transferência que permitissem a integração entre os usuários do transporte público coletivo.

A análise do termo de referência encartado aos autos às fls. 15/20, demonstra o amplo espectro de serviços objeto da contratação em exame, que contemplavam a elaboração de estudo preliminar, abrangendo a definição de tipologias a serem desenvolvidas; anteprojeto arquitetônico; projeto básico e executivo das estações de transferência; projeto de comunicação visual e mobiliário urbano; assessoria e fiscalização técnica para a produção de protótipo; elaboração de manuais de utilização, memoriais descritivos e planilhas orçamentárias; assessoria para a implantação das Estações de Transferência; além da elaboração, coordenação e compatibilização de projetos complementares.

Denota-se que o desenvolvimento dos serviços pretendidos pela administração exigiam para sua execução e coordenação a contratação de instituição que atuasse de forma multidisciplinar tanto no campo do desenvolvimento de soluções tecnológicas de engenharia, como também com expertise em gestão urbana, edificação, construção e urbanismo, pelo que entendo que restou demonstrada a pertinência entre o objeto social da contratada e os serviços objeto do ajuste em exame.

Ademais, a amplitude dos serviços contratados e a parcela que foi objeto de subcontratação, permitem inferir que o caráter "*intuitu personae*" da execução contratual não restou descaracterizado, uma vez que, nos termos das justificativas apresentadas pela Origem e da análise da documentação que consta dos autos, é possível concluir que os serviços subcontratados foram realizados a partir de critérios técnicos que já haviam sido produzidos e elaborados pela Fundação contratada, a quem coube as atividades principais do objeto da contratação.

Assim, considero que existem elementos razoáveis para se admitir que a contratada desempenhou papel de direção e coordenação técnica especializada, articulando o sentido e o objetivo das participações de terceiros, conforme registrou o Conselheiro Maurício Farias em seu voto proferido no primeiro julgamento destes autos, ao concluir que a parte

subcontratada "se restringiu a uma parcela complementar do todo previsto".

Acresça-se a tais conclusões a previsão expressa no instrumento contratual que admitia a subcontratação parcial do objeto, além da menção feita pela contratada em sua proposta inicial de prestação de serviço apresentada à Origem, encartada às fls. 25/28, no sentido de que *"para estudos e serviços de arquitetura, a FDTE poderá subcontratar profissionais ou escritórios especializados"*.

No que toca ao apontamento da Auditoria relacionado à ausência de justificativa de preços, em razão da falta de apresentação do orçamento detalhado em planilha, entendo que deve ser sopesada a dificuldade de se delinear quantitativos e custos no caso da contratação em exame, na qual a Administração contratou a concepção de um projeto, em que o resultado pretendido é conhecido, mas não a forma pelo qual o mesmo será alcançado.

Nesse sentido, entendo razoável a manifestação apresentada pela Origem no sentido de que "o objeto do referido contrato, era inédito, inovador e sem precedentes no mercado, que pudessem servir de parâmetro para o seu custo (...)", destacando-se ainda que não restou apontado nos autos eventual discrepância entre os valores contratados e aqueles praticados no mercado.

Por todo o exposto, **CONHEÇO** dos recursos interpostos e, quanto ao mérito, **DOU PROVIMENTO** aos apelos apresentados para julgar **REGULAR** o Contrato n° 2003/078, firmado entre a SPTrans e a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE.

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

TC 3.496/2003

1º Julgado - 2.680ª Sessão Ordinária
ANALISE. CONTRATO. DISPENSA. TERMO ADITIVO. SPTRANS. Serviços de arquitetura e engenharia. Estações de transferência destinada ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo. Elaboração do projeto executivo e definição de soluções tecnológicas. Art. 24, XIII, da Lei 8.666/93. Ausências: processo administrativo, justificativa de preço, nexo do objeto da contratada com a contratante. Subcontratação. Publicação e remessa ao SERI extemporâneas relevadas. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.671ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, apresentando em separado, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.671ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, em julgar irregular o Contrato 2003/078, uma vez que a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE subcontratou todos os projetos de arquitetura e também os projetos complementares.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, de conformidade com o seu relatório e voto, que julgou regular o contrato, exarou recomendação à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e deixou de determinar a análise formal do TA 01/2003, considerando sua natureza acessória ao contrato principal.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES 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 não aceitar os efeitos financeiros do contrato, à vista das infringências constatadas.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e DOMINGOS DISSEI – Revisor, que aceitaram os efeitos financeiros.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de junho de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise do Contrato 2003/078, firmado entre a SPTrans e a Fundação para o Desenvolvimento da Tecnologia da Engenharia – FDTE, preordenado à execução dos serviços de arquitetura e engenharia para o desenvolvimento do conceito arquitetônico das Estações de Transferência destinadas ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município.

O procedimento de contratação dos referidos serviços prescindiu de procedimento licitatório, tendo por fundamento a regra inserta no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93.

A Auditoria, em sua primeira análise, solicitou a manifestação da engenharia acerca da clareza do objeto e da justificativa dos preços praticados, bem como a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre a base legal da contratação.

O Sr. Engenheiro concluiu que os preços contratuais não foram adequadamente justificados, uma vez que ausente a demonstração da sua composição, em desrespeito à regra inserta no inciso II do parágrafo 2º do art. 7º da Lei 8.666/93.

Ponderou, ainda, que o objeto em questão deveria ter sido licitado por meio de concurso público.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do ajuste por entender ausente o necessário nexo de causalidade entre o objeto social da contratada e o objeto contrato, bem como a ausência de identidade entre este último e as hipóteses prescritas no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93.

Apontou, ainda, a ausência de justificativa para a escolha da contratada, em desatendimento ao art. 26, da Lei 8.666/93, como também a ausência de justificativa dos preços praticados.

Diante das manifestações da Engenharia e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Subsecretaria de Controle e Fiscalização concluiu pela irregularidade do ajuste, acrescentando, ainda, a ausência de processo administrativo, a publicação extemporânea do contrato e o atraso na remessa de documentos.

Após a oitiva da Origem, bem como do representante legal da contratada, manifestaram-se novamente os órgãos técnicos desta E. Corte no sentido da irregularidade do ajuste, apontando, ainda, a subcontratação de pelo menos sete projetos pela contratada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento do ajuste, endossando a defesa apresentada pela Origem.

A Secretaria Geral, invocando as mesmas razões expendidas pela AJCE, opinou pelo não acolhimento do contrato.

É o relatório.

VOTO

Cumpre inicialmente abordar a questão relativa à ausência de processo administrativo.

O tema já foi objeto de variadas manifestações pelos órgãos técnicos desta Corte de Contas, tendo esta Relatoria a oportunidade de expor amplamente seu entendimento quanto à necessidade de adequada e completa formalização dos procedimentos administrativos, em voto proferido nos autos do TC 3.711.03-52, destacando que a ausência de processo administrativo integral não deve ensejar, necessariamente, o julgamento por irregular da licitação e dos respectivos contratos.

Há que se ressaltar que este Tribunal, quando da análise e julgamento da questão em comento, tem decidido caso a caso, sendo certo que, em tais feitos, já teve conhecimento de haver a SPTrans, por ato de sua Presidência, em 29/04/2004, expedido regulamento interno definindo detalhadamente os procedimentos para a formalização dos processos administrativos de contratação, sendo oportuno destacar a decisão unânime do E. Plenário, proferida em 13 de

agosto de 2008, no TC 3.917.03-28, na qual esta Corte entendeu que a ausência de formalização completa de processo administrativo não é falha revestida de gravidade, por si só, suficiente a ensejar a irregularidade dos ajustes.

Desta forma, presentes nestes autos os aspectos relatados no TC 3.917.03-28, quais sejam, a rubrica do funcionário e a numeração das folhas, acrescidos da existência do Comunicado da Presidência, entendo, especificamente em relação ao aspecto da ausência de instauração plena de processo administrativo, que a impropriedade apontada não configura vício insanável capaz de macular o ajuste.

No que toca ao fundamento invocado para justificar a dispensa de licitação, resta consolidado o entendimento no sentido de que a contratação direta, com suporte no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, depende da demonstração do nexo de causalidade entre o objeto social da contratada e o objeto do respectivo contrato, além dos requisitos indicados expressamente no referido dispositivo, quais sejam, a contratação de entidade incumbida estatutária ou regimentalmente do desenvolvimento do ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, dotada de inquestionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos.

Neste sentido, é necessário que as atividades a serem desenvolvidas por meio da contratação em causa sejam voltadas ao desenvolvimento do ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional.

Sendo assim, é possível, a meu ver, extrair dos autos a compreensão de que o objeto contratado se volta à inovação do sistema de transporte à época existente, validando o desenvolvimento institucional com aporte de conhecimento técnico de arquitetura e urbanismo.

A meu ver, a crítica de amplitude do objeto compreendendo serviços de arquitetura e engenharia para o desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência não representa, em si mesma, o desvirtuamento da hipótese de dispensa prevista no inciso XIII do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Se o termo de referência descreve os projetos e programas segundo as diretrizes de atuação neles definidas, especificando os objetivos da contratação pretendida, o fato de contemplar o Estudo Preliminar, a definição de tipologias a serem desenvolvidas, o Anteprojeto Arquitetônico, o Projeto Básico Arquitetônico das Estações de Transferência, o Projeto Executivo, o Projeto de Comunicação Visual e Mobiliário Urbano, a Assessoria e Fiscalização Técnica para a Produção do Protótipo, os Manuais de utilização, os Memoriais descritivos e Planilhas Orçamentárias e, também, a Assessoria para a implantação das Estações de Transferência e Projetos Complementares, pode, ao contrário, representar uma atividade efetivamente relacionada ao planejamento estratégico da Secretaria, em compasso e aderência aos ditames da lei.

No caso, vale destacar a pertinente observação de Marçal Justen Filho, ao comentar o artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93:

> *"(...) somente se configuram os pressupostos do dispositivo quando o objeto da contratação inserir-se no âmbito de atividade inerente e própria da instituição. Sob um certo ângulo, a execução de certa atividade por uma determinada instituição corresponde e equivale à atuação do próprio Estado.*
> *Por isso, o Estado transfere a execução da atividade para as instituições, por meio de vínculo jurídico cuja natureza é muito mais próxima de um convênio. Justifica-se a contratação precisamente pela ausência de fim lucrativo da instituição e da sua vocação para o desempenho de funções claramente estatais (ao menos, no sistema pátrio): pesquisa, ensino, desenvolvimento das instituições, recuperação social do preso"*
> (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª. Ed., São Paulo, Dialética, 2010, p. 328).

Em paralelo, tal abordagem servirá de base para enfrentar outro aspecto entendido como irregular pelos Órgãos Técnicos, qual seja, a afirmação de que a FDTE subcontratou serviços e, por consequência, restou caracterizado que a mesma não detinha capacidade técnica e operacional condizente com as obrigações assumidas.

Essa abordagem se resolverá efetivamente diante daquilo que se entender caracterizado ou não caracterizado como serviços complementares.

A Origem, para justificar a adequação da escolha de uma fundação voltada ao desenvolvimento tecnológico da Engenharia para realizar os serviços em tela, assim se manifestou: *"vale lembrar, ainda, que a FDTE promoveu um 'debate' entre arquitetos e engenheiros, após o qual sete escritórios de arquitetura foram convidados a apresentarem (sic) propostas de concepção para as estações de transferência. Somente após a escolha da proposta vencedora, utilizando-se de critérios predefinidos, é que foram desenvolvidos os projetos e os trabalhos de fabricação, fiscalização e implantação das referidas estações de transferência"*. (fl. 161)

Não se pode negar que tal justificativa não tem o condão de espancar qualquer dúvida sobre a categorização de serviços complementares.

No entanto, justamente no amplo espectro que detém o objeto da contratação (aspecto anteriormente especificado neste voto), contemplando diretrizes de atuação, é que entendo necessário atribuir uma ênfase para a passagem do texto da Origem quando afirma "utilizando-se de critérios predefinidos", ou seja, a parte subcontratada se restringiu a uma parcela

complementar do todo previsto, e a realizou somente a partir de critérios técnicos que já haviam sido produzidos como trabalho circunscrito à fundação contratada.

O próprio Termo de Referência serve de base para tal compreensão, a ponto de equalizar aspectos operacionais sem descaracterizar o caráter "intuitu personae" de execução contratual.

Por outro lado, surgem elementos razoáveis para se admitir que a FDTE desempenhava papel de direção e coordenação técnica especializada, articulando o sentido e o objetivo das participações de terceiros.

Ao mesmo tempo, o argumento de que as fundações ligadas às faculdades/universidades não possuem corpo permanente de prestadores de serviços, mas detêm um expertise especial em suas áreas de atuação, capacitando-as a essa função de gestão técnica estratégica que corresponde à realidade das contratações dessas fundações para colaborar com o Poder Público.

Por fim, cumpre abordar a questão relativa à justificativa dos preços praticados.

Afirma a Auditoria a ausência de justificativa de preços em razão da não apresentação do orçamento detalhado em planilha de quantitativos e custos, na forma requerida pelos artigos 7º, parágrafo 2º, inc. II, e 26, parágrafo único, III, ambos da Lei 8.666/93.

É fato que a Origem não apresentou referida planilha, mas a justificativa apresentada pela Contratada também deve ser sopesada: *"... Este procedimento, no caso em análise, era de início, dispensável. Isto porque o projeto, objeto do referido contrato, era inédito, inovador e sem precedentes no mercado, que pudessem servir de parâmetro para o seu custo (...). "*

Na verdade, o projeto contratado era o início de um programa maior a ser implantado pela SPTrans.

A integração pretendida no referido projeto estava amparada na adoção de soluções tecnológicas (bilhete único e sistema automatizado de arrecadação) e físicas (terminais e estações de transferência) que permitissem a viabilidade operacional dessa integração com conforto, segurança, redução do tempo dispendido pelos usuários, informações ao cidadão, dentre outras medidas. (...) *Os serviços necessários para o cumprimento dessas metas consistem em serviços técnicos especializados cuja previsão de horas e de técnicos necessários para a sua execução é de difícil previsão. Esta é outra razão forte para não se ter o orçamento detalhado como exige os art. 7º, inc. II, da Lei 8.666/93*."

A Contratada lança mão de comentários da lavra de Marçal Justen Filho sobre o mencionado artigo, onde o autor afirma que nem sempre a Administração poderá cumprir rigorosamente o aludido comando legal, pois como não atua empresarialmente em certos setores, não dispõe de elementos para fixar o orçamento detalhado.

Cumpre ponderar, no caso concreto, que a Administração contratou a concepção de um projeto, a construção de uma solução, hipótese em que é conhecido o resultado pretendido, mas não a forma pelo qual o mesmo será alcançado. Esta é justamente a solução a ser desenvolvida pela contratada.

Daí a dificuldade no detalhamento dos quantitativos e custos, o mesmo se diga dos projetos complementares, que necessariamente dependerão da solução concebida para as estações de transferência.

Nesse sentido, não posso concordar com os órgãos técnicos desta Corte quando afirmam que a ausência de planilha de quantitativos e custos resulta na ausência de justificativa dos preços contratados.

Com efeito, a Origem, ao promover a contratação em causa, solicitou proposta de três instituições, quais sejam a FDTE, a Trends Engenharia e Tecnologia Ltda. e a Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, tendo sido contratada a proposta de menor preço.

Assim, não há como negar a comparação de preços entre entidades especializadas, o que se apresenta como justificativa aceitável para os preços contratados.

Observe-se, outrossim, que em momento algum ao longo da instrução processual, com destaque para as análises da engenharia, foi apontada a discrepância entre os valores contratados com aqueles praticados no mercado, o que me permite afirmar a inexistência de demonstração de dano ao erário oriundo do ajuste "sub examine".

Desta feita, ainda que ausente o detalhamento dos custos e quantitativos, cuja exigência "in casu", não se mostra inequívoca, entendo justificados os preços praticados.

Em face do quanto exposto, julgo regular o contrato "sub examine", com recomendação à Origem para que, nos demais casos, a caracterização de serviços complementares de natureza operacional seja expressamente prevista no próprio instrumento contratual.

Quanto ao TA 01 noticiado às fls. 334/336 pela contratada, em sua defesa, deixo de determinar a análise formal considerando sua natureza acessória ao contrato principal, nele incidindo por decorrência os efeitos desta Decisão (2.671ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei

Na esteira das manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria

Geral, deixo de acolher o Contrato nº 78/2003/SPTrans, firmado com a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico de Engenharia, mesmo porque houve subcontratação dos projetos, até para que sirva de parâmetro para a Prefeitura e as Fundações.

No entanto, considerando que os projetos foram entregues, aceito seus efeitos financeiros (2.671ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC 3.496/03-71 da análise do Contrato nº 78/2003, firmado entre a São Paulo Transporte S.A. e a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia, tendo por objeto a prestação de serviços de engenharia para desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência destinadas ao Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de São Paulo.

O Conselheiro Relator Maurício Faria julgou regular o Contrato.

Divergiu o Conselheiro Revisor Domingos Dissei julgando irregular o Contrato, aceitando, contudo, os seus efeitos financeiros.

O Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim julgou irregular o Contrato sem a aceitação dos seus efeitos financeiros, no que foi acompanhado pelo Corregedor Eurípedes Sales.

Com efeito, registrou-se empate quanto à aceitação dos efeitos financeiros do Contrato e, consoante disposição legal, profiro o Voto de Desempate.

Com fundamento nas manifestações unânimes da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros Roberto Braguim e Eurípedes Sales, restando, assim, por maioria de votos, não aceitos os efeitos financeiros do contrato.