ACO-UTR-669/2024

Processo - TC/003611/2004
Objeto - Recursos "ex officio", da Procuradoria da Fazenda Municipal, da São Paulo Transporte S.A., de Gerson Luis Bittencourt e de Eliel Rodrigues Marins interpostos em face da R. Decisão da Segunda Câmara de 28/06/2011 – São Paulo Transporte S.A. e Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica – Contrato 2004/001 – Prestação de serviços técnicos especializados de desenvolvimento e implantação, na forma do regime de execução por empreitada por preço global, do "software" de segurança do Sistema de Bilhetagem Eletrônica, aplicado às transações de recarga de créditos eletrônicos em redes on line

50ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. Serviços de desenvolvimento e implantação de software de segurança. Sistema de Bilhetagem Eletrônica. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. A prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória deve observar os marcos iniciais de contagem estabelecidos na resolução 10/2023 do TCMSP, decorrido o prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitos, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, ou às causas impeditivas ou suspensivas consignadas. Art. 4º, 5º e 8º, Res. TCMSP 10/2023. NÃO APRECIADO O MÉRITO. Votação por maioria. CONHECIDOS. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos "ex officio" e ordinários interpostos e em reconhecer a incidência da prescrição nos presentes autos, no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, consoante a Resolução 10/2023 deste Tribunal.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em deixar de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM que, com declaração de voto apresentada, negou provimento ao apelo.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e do Acórdão à Origem, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão à 10ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, tendo em vista pedido formulado nos autos, após as demais comunicações de praxe, arquivem-se este processo.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/smv

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO Data: 24/05/2024 10:02:32 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 27/05/2024 11:17:01 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC/3.611/2004

Interessado: SPTrans – São Paulo Transportes S/A
Responsáveis: Gerson Luiz Bittencourt e Eliel Rodrigues Martins
Objeto: Análise. Análise. Recurso ex officio e dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 310/312), São Paulo Transporte S/A (fls. 337/345), Sr. Gerson Luis Bittencourt (fls. 346/353), Sr. Eliel Rodrigues Marins (fls. 354/359) em face da r. Decisão da Segunda Câmara, que, por maioria, julgou irregular o Contrato nº 2004/001, em razão da ausência de processo administrativo e da falta de apresentação de justificativa de preços, aplicando multa aos ordenadores da despesa.

EMENTA
RECURSOS. EX-OFFICIO/VOLUNTÁRIOS. SPTRANS/PFM. 1. A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral concluíram no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas. **CONHEÇO** dos trabalhos realizados e, quanto ao mérito, **RECONHEÇO** a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal e, por via de consequência, deixo de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos.

RELATÓRIO

Tratam estes autos da análise de Recurso *ex officio* e dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 310/312), São Paulo Transporte S/A (fls. 337/345), Sr. Gerson Luis Bittencourt (fls. 346/353), Sr. Eliel Rodrigues Marins (fls. 354/359) em face da r. Decisão da Segunda Câmara, que, por maioria, julgou irregular o Contrato nº 2004/001, em razão da ausência de processo administrativo e da falta de apresentação de justificativa de preços, aplicando multa aos ordenadores da despesa.

A PFM, em suas razões requereu o provimento do Recurso para que seja acolhida a contratação objeto destes autos ou, ao menos, reconhecido seus efeitos financeiros, tendo em vista a ausência de prejuízo ao erário no que toca à adequação dos preços praticados.

A São Paulo Transporte S/A, o Sr. Gerson Luiz Bottencourt e Sr. Eliel Rodrigues Marins, alegaram em suas razões recursais que após reiterados questionamentos desta Corte de Contas acerca da autuação de seus processos administrativos no âmbito da SPTrans, foi estabelecido, por meio do Comunicado da Presidência nº 035/04 novo procedimento para realização de licitações, contudo a contratação em tela é anterior ao referido Comunicado.

No que toca à ausência de justificativa de preços, os recorrentes reiteraram as informações prestadas pela Origem por ocasião do primeiro julgamento destes autos.

Destacaram ainda a ausência de prejuízo ao erário, uma vez que a empresa contratada prestou efetivamente os serviços, requerendo, assim, o reconhecimento da regularidade da contratação, fazendo prevalecer o entendimento expresso no voto do Cons. Maurício Faria, afastando-se a aplicação de multa aos ordenadores de despesa ou, ao menos, a conversão da penalidade de advertência, nos termos do art. 52, inc. I da Lei Municipal nº 9.167/80.

O Sr. Eliel Rodrigues Martins registrou ainda em seu recurso que o contrato em análise refere-se à matéria cuja gestão era exercida por área da empresa que não se encontrava sob a sua direção, tendo firmado a avença por força de norma interna da SPTrans.

Os autos foram encaminhados à AJCE, que às fls. 371/381 apresentou manifestação opinando pelo conhecimento dos recursos e, quanto ao mérito, pelo improvimento dos apelos, tendo em vista a ausência de elementos suficientes para alterar a r. Decisão recorrida.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 384), a seu turno, requereu o conhecimento e provimento dos Recursos.

Ao final, os autos foram encaminhados à Secretaria Geral, que às fls. 430/433 opinou pelo conhecimento dos apelos, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade exigidos no art. 140 do Regimento Interno deste Tribunal e, quanto ao mérito, considerando que os argumentos apresentados pelos recorrentes foram exaustivamente apreciados e considerados quando do primeiro julgamento, manifestou-se pelo improvimento dos apelos, mantendo-se a r. Decisão recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por determinação deste Relator, a matéria foi submetida ao crivo da Assessoria Jurídica a fim de se verificar a possível ocorrência da prescrição, nos termos da Resolução TCMSP n. 10/2023.

Nesse sentido, a AJ concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, conforme peça 18, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal, peça 19 e também da Secretaria Geral, peça .20.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento Recurso *ex officio* e os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal; São Paulo Transporte S/A; Gerson Luis Bittencourt e Eliel Rodrigues Marins em face da r. Decisão da Segunda Câmara que, por maioria, julgou irregular o Contrato nº 2004/001 celebrado entre a SPTrans e a empresa Digicon S.A., para prestação de serviços técnicos especializados de desenvolvimento e implantação de software de segurança do Sistema de Bilhetagem Eletrônica, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo essa matéria foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país,

sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**", de acordo com a ementa que segue:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.*
> *1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais,*

entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da "prescritibilidade de ações de ressarcimento", este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário

fundada em decisão de Tribunal de Contas".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do

Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** dos recursos *ex officio* e ordinários interpostos e, quanto ao mérito, **RECONHEÇO** a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal e, por via de consequência, deixo de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar

necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Encaminhe-se cópia da decisão a ser alcançada à 10ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, tendo em vista pedido formulado nos autos.

Após as demais comunicações de praxe, **DETERMINO** o arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 05/01/2024 15:12:19 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

50ª SONP
Item 4 – PLENO

e-TCM n.º 3.611/2004
Relator João Antonio
Revisor Ricardo Torres

Objeto: Análise de Recursos. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE DESENVOLVIMENTO E IMPLANTAÇÃO DE SOFTWARE DE SEGURANÇA DO SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o Relator reconhecendo a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, conforme disposto na Resolução n. 10/2023, recentemente editada por este TCMSP. Com fulcro, porém, nas manifestações dos Órgãos Técnicos, em especial da AJ que aduz ser essencial preservar a função declaratória do provimento de mérito nos julgamentos realizados pelos Tribunais de Contas, o que absorvo como se fossem minhas, conheço do Recurso, para, no mérito, NEGAR-LHES provimento.

TCM, de dezembro de 2023.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2023.12.14 09:23:29 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

EMC/RB

EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.611.04-99

ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. SPTRANS. Desenvolvimento e implantação do software de segurança. Sistema de Bilhetagem Eletrônica. Art. 25, caput, Lei 8.666/93. Ausência de autuação e de justificativa de preços. Precedentes. IRREGULAR. MULTA. Votação por maioria.

TC's citados 72.000.399.02-28, 72.003.907.02-93

273ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 272ª S.O. da Segunda Câmara, para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, consoante declaração de voto apresentada pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", ambos do Regimento Interno desta Corte, julgar irregular o Contrato 2004/001, em razão da ausência de processo autuado, contrariando o exigido no artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, e da falta de justificativa de preço da contratação, afrontando o disposto no artigo 26, inciso III, da mencionada lei.

DECIDEM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, à vista das impropriedades apontadas, aplicar aos ordenadores da despesa a multa de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais), com fundamento nos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80 e 86, inciso II, do Regimento Interno desta Casa.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, que, nos termos do relatório e voto apresentados, acolheu o referido ajuste e

determinou à SPTrans que observasse, nas próximas contratações, o prazo para o encaminhamento dos documentos a esta Corte, bem como que justificasse, de forma mais pormenorizada, os preços objeto dos contratos celebrados por inexigibilidade de licitação.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

Presentes os Procuradores da Fazenda JOEL TESSITORE, FRANCISCO COLLET E SILVA e MARCIA DONATTI GUBERT.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de junho de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 136, § 7º, do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 2004/01 celebrado entre a São Paulo Transporte S.A.-SPTrans e a empresa Digicon S.A., para a prestação de serviços técnicos especializados de desenvolvimento e implantação de software de segurança do Sistema de Bilhetagem Eletrônica.

A contratação foi fundamentada no art. 25, caput, da Lei Federal nº 8.666/93. O motivo indicado pela Origem para a contratação sem licitação foi a necessidade de ajustar a adequação do software de segurança, responsável pelos algoritmos de criptografia, geração de chaves e assinatura digital, o qual foi desenvolvido e concluído pela Digicon para que este passasse a incorporar o modo on-line para as transações de recarga de crédito, exigido pelas redes de casas lotéricas, bem como de supermercados.

A Origem justificou a inviabilidade de competição em razão do domínio técnico da contratada, já que ela foi a responsável pela execução e implantação do software de segurança do Sistema de Bilhetagem

Eletrônica, e, especialmente, em razão da necessidade de que os elementos de segurança sejam mantidos em sigilo, sobretudo nas transações de recarga de créditos eletrônicos.

Em análise inicial, a Auditoria apontou a ausência de processo administrativo, a extemporaneidade na remessa dos documentos via SERI, a ausência de publicação da autorização para contratar e requereu a manifestação do Núcleo de Tecnologia da Informação e da Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte acerca das razões para a escolha da contratada e a correspondente inexigibilidade de licitação.

O Núcleo de Tecnologia da Informação afirmou que os argumentos apresentados pela Origem para justificar a escolha da contratada eram coerentes e salientou que, do ponto de vista técnico de informática, somente a empresa que desenvolveu o sistema original poderia desenvolver o software para permitir a recarga eletrônica em redes on-line, para preservação do sigilo e da segurança do sistema.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela configuração de hipótese ensejadora de contratação direta por inexigibilidade de licitação, à vista da inviabilidade de competição, uma vez que o interesse público só poderia ser adequadamente satisfeito com a contratação da empresa Digicon para a execução dos serviços objeto do ajuste em julgamento. Anotou, ainda, que a ausência do despacho de ratificação da contratação poderia ser relevada e que a justificativa do preço constante dos autos parecia insuficiente.

A Auditoria manifestou-se pela irregularidade do contrato diante da ausência de processo administrativo, extemporaneidade na remessa dos documentos via SERI, ausência de publicação da autorização para contratar e falta de justificativa do preço.

A Origem e os ordenadores da despesa comparecem aos autos e ressaltaram a unanimidade de entendimento dos órgãos técnicos desta Corte quanto à configuração da inexigibilidade de licitação. Em relação às falhas apontadas pela Auditoria, informaram que:

a) o processo administrativo que instrumentalizou a contratação em exame encontrava-se devidamente autuado, com protocolo e numeração, não havendo razão para o apontamento, uma vez que a forma de autuação dos processos não deve necessariamente ser uniformizada em todos os órgãos e entidades administrativas. Não obstante, considerando os reiterados apontamentos desta Corte, noticiou que, a partir de 3 de maio de 2004, fora estabelecido, por meio do Comunicado da Presidência nº 035/04, um procedimento padrão para autuação dos processos administrativos referentes às licitações e contratos administrativos;

b) a intempestividade na remessa dos documentos por meio do SERI se deu em razão da descentralização física das unidades da SPTrans responsáveis pela elaboração e registro do contrato, bem como pela mudança de instalações que acarretou atraso na realização dos trabalhos. Propugnou pela relevação da falha, dada sua natureza formal;

c) o preço do contrato foi composto considerando-se o custo das horas técnicas necessárias para cada uma das atividades do projeto, a extensão e as complexidades dos serviços e, ainda, que o valor unitário da hora técnica adotado guardava compatibilidade com os valores praticados pelo mercado;

d) o despacho de autorização da contratação foi devidamente publicado, no Diário Oficial da Cidade de 29 de novembro de 2003, conforme cópia apresentada.

A contratada alegou, em sede de preliminar, ilegitimidade de parte em razão de as falhas detectadas caracterizarem “meros procedimentos administrativos de natureza eminentemente *interna corporis”* e serem, portanto, de competência exclusiva da SPTrans. No mérito, manifestou-se apenas acerca da ausência de justificativa dos preços contratados, salientando, uma vez mais, que os outros pontos só poderiam ser justificados pela Origem porque deles não participou.

Para justificar os preços, fez uso da planilha já constante dos autos, que estimou a quantidade das horas técnicas necessárias para a execução dos serviços, fixando valores de acordo com a formação do profissional envolvido. Reiterou as razões de ordem técnica constantes da justificativa da contratação e valeu-se das manifestações do Núcleo de Tecnologia da Informação e da Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Casa para afirmar a inviabilidade de competição e afastar a necessidade de comparativo de preços diante da inviabilidade dessa mesma competição. Asseverou que o que deve ser constatado, para fins de julgamento, é a razoabilidade dos preços praticados, a partir da complexidade do objeto do trabalho desenvolvido.

A Auditoria manteve a conclusão pela irregularidade da contratação, suprimindo, apenas, a fundamentação atinente à falta de publicação do despacho de autorização, dada a comprovação pela Origem da sua realização.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou seu entendimento pela configuração da inviabilidade de competição, que ensejou a inexigibilidade de licitação, bem como quanto à insuficiência da justificativa dos preços para atender à prescrição do art. 26, III, da Lei Federal nº 8.666/93.

A Procuradoria da Fazenda Municipal sustentou que, reconhecida a inviabilidade de competição, a contratação deveria ser julgada regular, especialmente considerando que não houve nos autos elementos que demonstrassem a excessividade dos preços, já que a não razoabilidade destes não pôde ser presumida.

Em sua manifestação, a Secretaria Geral, embora tenha reconhecido a caracterização da inexigibilidade de licitação, opinou pela irregularidade da contratação, tendo em vista a ausência de justificativa dos preços de maneira suficiente e a não autuação de processo administrativo.

É o relatório.

VOTO

A instrução processual demonstra que, no presente caso, a inviabilidade de competição não decorre do objeto do contrato em si, mas das peculiaridades do caso concreto, que conduziram à contratação da empresa anteriormente contratada, detentora de todas as informações e da propriedade intelectual dos programas, razão pela qual podia melhor ofertar serviços que atendessem às necessidades da SPTrans.

Há nos autos minucioso Relatório Técnico DAS/GSA-SBE 02/03, elaborado pelo então Gerente Geral de Sistemas de Arrecadação da SPTrans, caracterizando a inviabilidade de competição, em razão de fatores de natureza eminentemente técnica.

Ademais, a manifestação do Núcleo de Tecnologia da Informação desta Corte encerra a discussão sobre a inviabilidade técnica de competição ao afirmar que, “do ponto de vista técnico de informática, o sigilo e a segurança em um sistema dessa natureza sempre devem ser preservados, ou seja, somente a empresa Digicon, que desenvolveu o sistema original, poderia desenvolver um software de segurança para viabilizar a venda de créditos eletrônicos em redes on-line, utilizando os mesmos conceitos de segurança do sistema original”.

À luz da análise dos autos e dos argumentos trazidos pela Origem, é forçoso concluir que o objeto pretendido pela contratante não poderia ser adequadamente realizado por outra empresa que não a contratada, como reconhecido de forma unânime pelos órgãos técnicos desta Casa.

Reconhecida a configuração da inexigibilidade de licitação, passo ao exame das demais questões que mereceram destaque

durante a instrução processual, a começar pela justificativa do preço contratado.

De acordo com a demonstração feita pela Origem, o preço do contrato foi composto considerando-se o custo das horas técnicas necessárias para cada uma das atividades do projeto, tendo-se em vista a extensão e complexidades dos serviços. Assim, antes de realizar a contratação, a Origem, valendo-se das informações contidas na proposta da Contratada, estimou a quantidade de horas a serem trabalhadas pelos seguintes profissionais: Coordenador Técnico, Engenheiro Pleno e Engenheiro Sênior.

Embora, à época da contratação, a Origem tenha se limitado a afirmar que o valor unitário da hora técnica era compatível com os preços praticados no mercado, foi possível verificar, por meio de pesquisa realizada na Tabela de Custos Unitários da SIURB, data-base de maio 2004, que os custos unitários de hora técnica para Coordenador Geral e Profissional de Nível Superior Sênior eram de R$ 68,21 e R$ 58,12, respectivamente. Aplicando os encargos sociais, na ordem de 88,24% e o BDI correspondente a 37,5%, ambos propostos pela Prefeitura de São Paulo na própria tabela, chega-se a valores finais de R$ 176,55 e R$ 150,43, para os referidos profissionais. Estes valores são bem próximos daqueles adotados no contrato, que foram: R$ 160,00 para Gerenciamento/Coordenação Técnica e R$ 150,00 para Engenheiro Sênior.

A tabela da época ainda não apresentava valores para Engenheiro Pleno, razão pela qual não foi possível realizar o comparativo.

Pode-se ainda realizar outra comparação com os Custos de Serviços de Consultoria divulgados através da coluna 39 da revista Conjuntura Econômica (FGV - dezembro 2003). De acordo com essa publicação, para o mês de outubro de 2003, os serviços técnicos objeto do contrato em exame apresentavam custos unitários de hora técnica na ordem de R$ 122,48. Se efetuarmos uma média ponderada entre os três itens constantes da planilha apresentada pela Digicon (Engenheiro Sênior, Engenheiro Pleno e Gerenciamento/Coordenação Técnica), encontraremos um valor de R$ 133,74.

Importante salientar que o apontamento havido nos autos acerca de possível irregularidade atinente ao preço deve-se exclusivamente à sua falta de justificativa, inexistindo qualquer afirmação acerca da excessividade. Por esta razão, e à vista dos elementos que demonstram que os preços contratados eram de fato compatíveis com aqueles vigentes no mercado, reputo superado o apontamento feito quanto aos preços do contrato.

No que tange à irregularidade pela não autuação de processo administrativo, tal como determinado pelo artigo 38 da Lei Federal nº

8.666/93, ressalto não se tratar de questão nova. Pelo contrário, 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 nº 72.003.711.03-52, destacando, contudo, 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 oportuno destacar a decisão unânime do E. Plenário, proferida em 13/08/2008, nos autos do TC nº 72.003.917.03-28, na qual esta Corte entendeu que a ausência de formalização completa de processo administrativo não é falha revestida de gravidade suficiente a ensejar a irregularidade dos ajustes, uma vez que o julgado reconheceu, como avanço a ser considerado, a existência de numeração das folhas do processo e a rubrica do funcionário, conjuntamente com o Comunicado da Presidência que instituiu o PALC – Processo Administrativo de Licitações e Contratos, e, com isso, somente a ausência de número cadastral do feito não seria fator suficiente para ensejar a rejeição da licitação e o não acolhimento do contrato, situação esta que se apresenta idêntica nestes autos ora em julgamento. Outro destaque que merece atenção remete à preliminar arguida pela própria contratada, no sentido da responsabilidade exclusiva da Administração nesse tipo de contrato, e a responsabilidade nesse tipo de controle, e da impossibilidade do julgado atingir sua esfera de direitos por ação exclusivamente definida por terceiro. Cabe considerar, também, que os registros documentais equivalentes a um processo foram suficientes a permitir o exercício do controle externo.

Desta forma, presentes nestes autos os mesmos elementos relatados no TC nº 72.003.917.03-28, quais sejam, a rubrica do funcionário e a numeração das folhas, acrescidos da existência do Comunicado da Presidência, invoco os argumentos lá contidos para relevar a falha referente à ausência de número cadastral do processo administrativo que instrumentalizou a Concorrência e o Contrato ora em julgamento.

O apontamento relativo à intempestividade na remessa dos documentos a esta Corte, por meio do SERI, é falha que, conforme sólida jurisprudência deste Tribunal, merece relevação, dada sua natureza formal. Nesse sentido as decisões proferidas nos autos dos TCs nºs 72.000.215.07-06, 72.000.429.05-30 e 72.001.532.07-96.

A falha apontada pela Auditoria acerca da não publicação do despacho da autorização da contratação também restou superada pela demonstração da divulgação do referido despacho, feita no Diário Oficial da Cidade de 29 de novembro de 2003.

Diante do acima exposto e considerando os argumentos apresentados por meio das defesas, que adoto como fundamento para decidir, acolho o contrato em exame e determino à Origem que observe nas próximas contratações o prazo para o encaminhamento dos documentos a esta Corte, bem como que justifique de forma mais pormenorizada os preços objeto dos contratos celebrados por inexigibilidade de licitação. **(272ª S.O. da Segunda Câmara)**.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim:

Conforme decorre da instrução, a contratação em causa se viu atingida por irregularidades de impossível ultrapassagem.

Nessa linha, desde logo avulta a ausência, nos termos do exigido no artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93 de processo autuado, irregularidade que, a meu ver, não pode ser relevada.

No mesmo patamar se coloca a falta de justificativa do preço da contratação, afrontando a disposição do artigo 26, inciso III, do mencionado Diploma Legal.

Por esses motivos, e em consonância com o voto por mim proferido no TC nº 72.000.399.02-28, que cuidou de hipótese análoga, julgo irregular o Contrato em exame.

Aplico aos Ordenadores da Despesa a multa de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais), com fundamento nos artigos 52, II, da Lei Municipal nº 9.167/80 e 86, II, do Regimento Interno desta Casa. **(272ª S.O. da Segunda Câmara)**.

Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso:

Em seu voto, o Nobre Conselheiro Relator, Maurício Faria, julgou configurada a inexigibilidade de licitação a embasar a contratação, ora tratada.

Não obstante a PRODAM, em atenção ao disposto no inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, não tivesse justificado o preço do ajuste, posicionou-se de acordo com os valores, realizando comparações com as tabelas de custos unitários de SIURB, data-base de maio de 2004.

Aplicando os encargos sociais e o BDI, correspondente a 37,5%, chegou a valores bem próximos dos adotados no contrato, de remuneração de coordenador geral e profissional de nível superior sênior.

Salientou não ter sido possível calcular o valor para engenheiro pleno, pelo fato de que a referida tabela de SIURB não o contemplara.

Realizou, ainda, comparação com os custos de serviços de consultoria divulgados pela revista Conjuntura Econômica de dezembro de 2003, e, efetuando média ponderada entre três itens constantes da planilha da contratada, encontrou um valor bem próximo dos serviços técnicos objeto do contrato.

Reputou, destarte, afastada a questão relacionada com os preços ajustados.

Afastou o apontamento de irregularidade da contratação, em face da não autuação de processo administrativo pela PRODAM, reportando-se a votos por ele prolatados em outros julgamentos.

Entendeu superados os demais registros relacionados com a não publicação do despacho de autorização para lavratura do ajuste e a intempestividade de remessa pelo SERI.

Por tais razões, acolheu o contrato, com determinações à Origem.

A seu turno, o I. Conselheiro Roberto Braguim, divergindo do Nobre Conselheiro Relator, julgou irregular o contrato, em consonância com voto por ele proferido no TC 399.02*28.

Entendeu não relevável a ausência, nos termos do artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93, de processo autuado, bem como a falta de justificativa do preço da contratação, com afronta a disposição do inciso III do parágrafo único do artigo 26 do citado diploma legal.

Aplicou multa aos Ordenadores da Despesa e se absteve de se pronunciar a respeito das determinações exaradas pelo Conselheiro Relator.

Passo a proferir **voto de desempate**.

Perfilho o posicionamento do Nobre Conselheiro Roberto Braguim pelo não acolhimento do contrato ora julgado.

Consoante votos por mim já proferidos entendo ser imprescindível a autuação de processo administrativo pela SPTRANS, a qual, de longa data, a tanto se recusava.

Para coibir tal prática o Tribunal expediu determinações, aplicou multas aos Ordenadores de Despesa e só depois de ver seus contratos desacolhidos por esta Corte é que a SPTRANS editou ato regulamentador da autuação e tramitação dos processos licitatórios, por meio do Comunicado da Presidência nº 35/04, expedido em 03 de maio de 2004.

Posterior, portanto, ao processamento do ajuste destes autos.

A infringência a norma legal praticada pelos agentes públicos dificultava ou até mesmo obstava a verificação dos atos praticados pelos agentes deste Tribunal, dando causa, em meu entender, à irregularidade do instrumento pela possibilidade de incidência de vícios nos elementos de sua formação.

Por outro lado, é determinação da lei de licitações que os preços, em casos de contratação por inexigibilidade, sejam justificados previamente à lavratura do ajuste, cuidando-se, pois, de formalidade não efetivada pela contratante.

Não o fez na época oportuna e não o fez depois, ao ser instada a se defender nos autos, limitando-se a transcrever manifestação da área técnica da SPTRANS, que concluiu ser impraticável a cotação de preços com outras empresas, a não ser a contratada, posto que se tratava de sistema sigiloso e de segurança.

Meu voto segue, ainda, na esteira do Nobre Conselheiro Roberto Braguim, aplicando multa aos Ordenadores da Despesa e abstendo-me de expedir determinações à Origem.