JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-005.563.04-19

ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. SMS. Serviços para disponibilização de infraestrutura digital. Art. 25, I, Lei 8.666/93. Ausência de pesquisa de preço. Art. 4º, Dec. 44.279/03. Art. 26, parágrafo único, III, Lei 8.666/93. IRREGULAR. MULTA. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.

2.539ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 04.07.2011

Referência Especial: 72.000.633.05-04.

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 2.526ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 080/SMS/2004, pela falta de justificativa do preço da contratação, contrariando o artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal 8.666/93.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aplicar ao ordenador da despesa a multa de R$ 454,00 (quatrocentos e cinquenta e quatro reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA, 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 caráter excepcional, em aceitar os efeitos financeiros do ajuste.

Vencidos, em parte, os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor que não aceitaram os efeitos financeiros do ajuste.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de fevereiro de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto.

ANTONIO CARLOS CARUSO - 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

Trata o presente processo da análise do Contrato nº 080/SMS/2004, celebrado, por inexigibilidade de licitação, entre a Secretaria Municipal de Saúde-SMS e Cobra Tecnologia S.A., tendo por objeto a prestação de serviços de implantação de infraestrutura de integração digital, com fornecimento e instalação de equipamentos e sistemas, incluindo cabeamento e "rollout", manutenção operacional do ambiente, treinamento e capacitação de usuários e fornecimento de serviços de correio eletrônico, no valor de R$ 32.810.187,48 (trinta e dois milhões, oitocentos e dez mil, cento e oitenta e sete reais e quarenta e oito centavos), pelo período de 24 (vinte e quatro) meses.

Em primeira intervenção, a Divisão Técnica IV considerou pendente a análise do ajuste, por faltar documentação a ser entregue pela Contratada para comprovação de aptidão para contratar com o Poder Público, exigida pelo artigo 40 do Decreto nº 44.279/03[1], então vigente.

[1] **Art. 40**. Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, apenas, os documentos que comprovem:

I - inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);
II - regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

Anexados aos autos os documentos encaminhados pela Secretaria, os auditores consideraram solucionada a questão.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, preliminarmente, pugnou pela apresentação de atestado de exclusividade fornecido por Sindicato, Federação ou Confederação Patronal do Estado de São Paulo, conforme exigência do artigo 25, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93[2] e da pesquisa de preços, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 44.279/03[3].

A Secretaria interessada encaminhou, então, documentação com o objetivo de validar a conduta adotada para a contratação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendendo não estar justificada a inexigibilidade de licitação,propôs retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle. Considerou, ainda, não restar comprovado que apenas o sistema operacional “Freedows”, de que a contratada era detentora exclusiva, estaria apto a suprir às necessidades da Pasta. Por tais motivos, opinou pela irregularidade do ajuste.

A Coordenadoria IV reafirmou que, na área de sua competência, o contrato mostra-se regular.

O Núcleo de Tecnologia da Informação considerou insuficiente a justificativa da PRODAM, no que concerne à escolha do sistema operacional “Freedows”, formulando, por isso, quesitos a serem respondidos pela Contratante.

Na sequência, a Secretaria informou que a atual gestão não havia participado da contratação da empresa Cobra, mas defendeu o ajuste, fundamentando-se nas alegações da PRODAM, de que o sistema “Freedows” era o único hábil para rodar aplicativos “Windows” e “Linux”, sendo a solução exclusiva para “Thin Clients”. Apesar de suas aplicações principais, SIGA e GSS, serem via Web, à época das explicações, não estava descartada a possibilidade de, no futuro, optar por outras arquiteturas, ou mesmo viabilizar o uso de “plug-ins”.

III - regularidade perante a Fazenda do Município de São Paulo, quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada, aplicáveis as normas do artigo 38 deste decreto.
Parágrafo único: A critério da autoridade competente, observados os limites da legislação federal, poderão ser exigidos outros documentos complementares, relacionados no artigo 37 deste decreto, nas hipóteses em que o objeto da contratação assim o recomende.

[2] **Art. 25** - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

[3] **Art. 4º**. A pesquisa de preço, de que trata o inciso VI do artigo 2º deste decreto, poderá consistir em múltiplas consultas diretas ao mercado, a publicações especializadas, a bancos de dados de preços praticados no âmbito da administração pública, a listas de instituições privadas renomadas de formação de preços e, nos referentes a mão-de-obra, aos valores de pisos salariais das categorias profissionais correspondentes.

Em nova intervenção, o Núcleo de Tecnologia da Informação apontou a existência de outras empresas que comercializavam os demais produtos e serviços contratados pela SMS, sendo os "Thin Clients" utilizados para executar navegadores INTERNET, porém alegou que outros sistemas operacionais poderiam realizar igualmente esta função, enumerando, ainda, várias razões pelas quais não considerava o sistema "Freedows" o único apto a atender às necessidades da Contratante.

A Assessoria Jurídica reiterou suas manifestações precedentes pela irregularidade do Contrato nº 080/SMS/2004.

De sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu haver nos autos tão somente divergência de escolha da Contratada, justificada pela Assessoria Técnica de Tecnologia da Informação da SMS e pela Assessoria Jurídica da Secretaria, pugnando, então, pela regularidade da contratação.

A Secretaria Geral, em ponderado e minucioso parecer, concluiu pela irregularidade do ajuste analisado, por falta de justificativa dos preços da contratação, exigida no artigo 26, parágrafo único, III, da Lei Federal n.º 8.666/93[4]. Considerou, porém, que a adoção do sistema operacional Freedows, indicado pela PRODAM, gerenciadora da rede municipal de comunicação, poderia ser aceito. No que concerne à declaração de exclusividade dada em desacordo com o prescrito no artigo 25, I, do Estatuto Licitatório Federal, - vez que a declaração apresentada não era do local em que se realizaria a licitação, se exigida - entendeu que o documento poderia ser aceito, posto que a lei refere-se genericamente a entidades equivalentes.

É o relatório.

VOTO

A Secretaria Municipal da Saúde contratou, com fundamento no artigo 25, I, da Lei Federal n.º 8.666/93, a empresa Cobra Tecnologia S/A para a prestação de serviços visando à disponibilização de infraestrutura digital nas unidades da Secretaria Municipal da Saúde, com fornecimento e instalação de equipamentos e sistemas, incluindo cabeamento e "rollout", manutenção operacional do ambiente, treinamento e capacitação de usuários e fornecimento de serviços de correio eletrônico.

---

[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.

Nos termos do disposto no artigo que embasou o ajuste, a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, necessitando, para sua caracterização,como bem demonstrou a Secretaria Geral, a existência de dupla exclusividade, assim considerada na doutrina:

> ***"A exclusividade não se limita à pessoa do fornecedor ou executante. Para bem configurar-se a hipótese do art. 25, I, o próprio objeto deverá ser aquele que, com exclusão de qualquer outro, seja capaz de atender às necessidades da Administração.***
> ***Havendo mais de um objeto a tanto apto, não se caracteriza a exclusividade dupla face definida no inciso, impondo-se a licitação"***
> (Jessé Torres Pereira Júnior – Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública – 7ª ed. – RJ. Renovar, 2007,cit. p. 344).

Na espécie, a Secretaria solicitou à então Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – PRODAM a elaboração de projeto de infraestrutura da integração e de estudo de sua viabilidade, visando à informatização digitalizada das unidades da Pasta, atendendo exigência do Decreto n.º 41.591/02, que determinava aos órgãos da Administração Direta e Indireta que submetessem à empresa municipal as propostas de contratação de serviços de informática.

Além disso, o referido decreto atribuiu à PRODAM o gerenciamento da rede municipal de comunicação, nos termos do seu artigo 5º.

No caso em exame, cumpridas tais formalidades, a gerenciadora apontou a Cobra Tecnologia S/A como distribuidora exclusiva do sistema operacional Freendows, que "resolveria as questões de múltiplos ambientes operacionais".

Nessa senda, entendo que a conduta da Secretaria, acatando a orientação da PRODAM – o que, de resto, era obrigatório – pode ser aceita como razoável, não invalidando o ajuste.

Entretanto, remanesce acerca do tema, um outro questionamento, relativo à comprovação de exclusividade da Contratada, que não observou os exatos termos prescritos no artigo 25, I, antes mencionado, vez que o documento destinado a esse fim foi fornecido por entidade que não constitui órgão do local em que se realizaria a obra ou serviço.

Também não se trata de atestado, mas de simples declaração firmada pela Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, Software e Internet Regional do Paraná – Assespro Paraná, que

congrega entidades do referido Estado, não tendo jurisdição, portanto, sobre o Município ou o Estado de São Paulo.

Todavia, o Estatuto Licitatório Federal prescreve, alargando esse entendimento, que o atestado pode ser fornecido "pelo órgão de registro de comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes."

Evidente que o final do dispositivo suscita dúvidas, vez que não esclarece o que seriam essas entidades.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, ao manifestar-se sobre o tema, assim se expressou:

> ***"Quais os tipos de associação que podem ser ainda consideradas como equivalentes? Em princípio, além da associação comercial, até o clube de diretores lojistas. É preciso que a motivação da criação da instituição seja a agregação dos empresários – entidade patronal – descabendo qualquer declaração de entidade que não prime por tal objetivo. Clubes recreativos, entidades de promoção social, clubes de serviço, por mais idôneos que sejam, não têm legitimidade para oferecer o atestado válido."***
> (Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 2004, 5ª edição, pág. 576).

Destarte, sob esse ângulo, é possível a aceitação da declaração constante dos autos, emitida pela Assespro-Paraná.

No tocante à localidade onde se realizaria a Licitação – entendida como Município – o documento atesta que a Cobra é a única autora e fornecedora no Brasil, do produto denominado sistema operacional Freedows, observando, assim, a exigência legal.

Outro aspecto a ser abordado é a falta de justificativa do preço da contratação, exigência constante do artigo 26, parágrafo único, III, da Lei Federal n.º 8.666/93, vez que a avaliação dos serviços considerou apenas a proposta da Contratada.

De fato, não se presta ao atendimento da imposição legal a mera informação de que a Administração aceitou o preço ofertado pela contratada. É preciso mais.

Valho-me, novamente, da lição de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, colacionada aos autos pela Secretaria Geral:

> ***"... justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo do artigo que autoriza a contratação direta, se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se o preço é justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria****".*
> (obra citada, pág. 646).

Em se tratando, como na espécie, de fornecedor único no mercado, caberia à Administração consultar outros contratos celebrados pela Contratada, seja como o setor público, seja com o privado, para avaliar se os preços ofertados podem ser considerados razoáveis.

Nessa direção o magistério de Marçal Justen Filho que, apesar de reconhecer inexistir outra escolha para a Administração, que não seja contratar com determinado particular, assim se expressa:

> ***"A razoabilidade do preço, então deverá ser verificada em função de atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais."***
> (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 8ª edição, 2000, pág 299).

Assim, entendo que esse vício macula o ajuste, não sendo passível de correção.

Ademais, a Secretaria foi notificada para fornecer a esta Casa a pesquisa de preços, porém não atendeu à convocação, permanecendo silente quanto a esse aspecto.

Isto posto, julgo irregular o Contrato em causa por contrariar o artigo 26, parágrafo único, III,da Lei Federal n.º 8.666/93.

Como decorrência, aplico ao ordenador da despesa a multa de R$ 454,00 (quatrocentos e cinqüenta e quatro reais), com fundamento no artigo 52, II da Lei nº 9.167/80, c/c o artigo 86, II do Regimento Interno desta Casa.

É como voto. **(2.526ª S.O.)**.

VOTO de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC **5.563/04** da análise do **Contrato nº 80/2004,** celebrado entre a Secretaria Municipal de Saúde e a empresa Cobra Tecnologia S/A, tendo por objeto a prestação de serviços para disponibilização de infraestrutura digital com cabeamento e "rollout", manutenção operacional do ambiente, capacitação de usuários e fornecimento de serviços de correio eletrônico.

O Conselheiro **Relator Vice-Presidente Roberto Braguim** julgou irregular o contrato, não aceitando, por conseqüência, os seus efeitos financeiros e aplicou multa ao Ordenador da Despesa, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Eurípides Sales.

Divergiu o Conselheiro Antonio Carlos Caruso que, aceitou os efeitos financeiros do Contrato, sendo acompanhado pelo Conselheiro Maurício Faria.

Com efeito, registrou-se empate quanto **aos efeitos financeiros do Contrato** e consoante disposição legal profiro o **VOTO DE DESEMPATE**.

Com fundamento **na manifestação da Secretaria Geral**, VOTO, em caráter excepcional, alinhado à corrente perfilhada pelo **Conselheiro Antonio Carlos Caruso e pelo Conselheiro Maurício Faria**, **restando assim**, **por maioria de votos, acolhidos os efeitos financeiros do Contrato.**