JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.732.99-80

Dispensa de licitação – contratação direta – ausência de justificativa visando demonstrar a compatibilidade de preços – extemporaneidade na lavratura e publicação do ajuste – julgada irregular a contratação e multado o ordenador da despesa – vencida a Cons. Mariana P. A. Q. Barbosa – recursos da PFM e do ordenador da despesa – contrato criou direito subjetivo para terceiros – exclusividade da prestação dos serviços pela Prodam – conhecidos e providos os recursos – acolhido o contrato – cancelada a multa – art. 24, VIII, Lei 8666/93 – vencido o Cons. Roberto Braguim

Relatório

Cuida o presente da análise do Contrato número **16/99**, celebrado entre o Instituto de Previdência Municipal de São Paulo e a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo - **PRODAM**, tendo como objeto a execução de serviços especializados de consultoria e assessoramento que dizem respeito, direta ou indiretamente, às técnicas de organização e métodos e de tratamento de informações, pelo prazo de 12 (doze) meses, no valor de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Em primeira análise, a Secretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do ajuste, face a falta de demonstrativos que comprovasse a compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, indicando também a extemporaneidade na lavratura e na publicação do ajuste (folhas 161/162, 175).

A Assessoria Técnica Jurídica considerando que, além do fato de a Origem não demonstrar que o preço ajustado é compatível com o existente no mercado e, entendendo que toda pessoa jurídica de direito público deve buscar a contratação mais vantajosa, pois o preço "compatível" não significaria, necessariamente, ser o "mais vantajoso", opinou pelo acolhimento do contrato em caráter excepcional, posto que vem sendo executado sem quaisquer incidentes, não ficando, tampouco, demonstrada a existência de dolo e má-fé (folhas 169/172).

Por determinação do Conselheiro Relator, à época, a Secretaria de Fiscalização e Controle efetivou auditoria específica no sentido de verificar se os preços contratados estavam ou não compatíveis com os do mercado (folha 176).

No trabalho realizado, manifestou-se a Secretaria de Informática que, separando o assunto em grupos, destacou o Grupo 6 - Sistemas, correspondente a 65,45% (sessenta e cinco vírgula quarenta e cinco por cento) do total faturado, considerando seus preços acima do mercado, salientando que a gestão destes sistemas por outra empresa que não a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo - **PRODAM**, torna-se tecnicamente inviável, em face do alto custo de migração destes sistemas (folhas 1.082/1.084).

Considerando a manifestação da Secretaria de Informática, quanto ao alto custo que acarretaria na migração dos sistemas, a Assessoria Técnica Jurídica manteve sua posição de acolhimento do contrato (folhas 1.090/1.093).

A Secretaria de Fiscalização e Controle, após posicionamentos da Secretaria de Informática e Assessoria Técnica Jurídica, ratificou seu posicionamento, pela irregularidade da contratação.

Esclarecendo que sua conclusão prende-se à fundamentação legal que a Origem utilizou para amparar a contratação, o **inciso VIII do artigo 24 da Lei número 8.666/93, que faculta ser dispensável a licitação nas contratações de órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública**, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, salientando que além de não demonstrar a compatibilidade dos preços, também contratou serviços valorizados acima dos preços praticados no mercado, e que mesmo sendo inviável tecnicamente a gestão dos sistemas por outra empresa que não a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – **PRODAM**, não se justifica sua contratação a preços consideravelmente acima dos praticados no mercado (folhas 1.094/1.096).

Oficiada à Origem, esta apresentou suas justificativas para as irregularidades apontadas, mantendo a Secretaria de Fiscalização e Controle suas conclusões (folhas 1.110/1.111 e 1.116).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, embora reconhecendo a irregularidade relativa à não-demonstração da compatibilidade dos preços com os do mercado, conforme previsto no inciso VIII do artigo 24 da Lei número 8666/93, opinou pelo acolhimento, em caráter excepcional (folhas 1.120/1.121).

Por fim, opinou a Secretaria-Diretoria Geral pelo acolhimento, tendo em vista enquadrar-se a contratação na hipótese de inexigibilidade de licitação (folhas 1.128/1.129).

É o relatório.

Voto

Toda relação contratual do Poder Público tem como pressuposto a análise e a demonstração do aspecto econômico, pouco importando se decorrente de licitação, dispensa ou inexigibilidade. A Lei número 8.666/93 é farta em dispositivos que impõe à Administração o dever de avaliar os preços a serem praticados com os vigentes no mercado.

Acrescente-se, ainda, que a Administração deve observar, também, as formalidades previstas no artigo 26, parágrafo único, incisos II e III da Lei 8.666/93, ou seja, a razão de escolha do executante e a justificativa de preço. Quanto à escolha do executante, entendo-a demonstrada nos autos. Porém, quanto à justificativa, todos os argumentos trazidos pela Origem no decorrer da instrução processual são insuficientes para atender à exigência legal citada.

Ora, a justificativa de preços visa demonstrar que a contratação direta não é desvantajosa ao interesse público.

Assim, em que pesem os esclarecimentos apresentados pela Origem, que não justificam ou descaracterizam, a nosso ver, a irregularidade apontada, julgo **IRREGULAR** a contratação, e, ainda, também, considerando as impropriedades apontadas quanto à extemporaneidade na lavratura e na publicação do ajuste, aplico ao ordenador da despesa a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de setembro de 2002.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Consta dos autos manifestação do Sr. Secretário de Informática, consignando que tecnicamente seria inviável a gestão dos sistemas por outra empresa que não a PRODAM.

Ademais, manifestou-se o Sr. Secretário Diretor Geral, cujas conclusões endosso, no sentido de que os dados necessários à prestação dos serviços eram de **exclusividade** da PRODAM, não podendo ser disponibilizados por qualquer outra empresa do ramo, tornando-se, pois, impossível o cotejo de custos, visto que não haveria como se comparar aquilo que não tem paradigma.

Por tais razões, opinou SDG que, na verdade, se tratava de hipótese de inexigibilidade de licitação.

Destarte, por tais razões e na esteira do voto por mim proferido nos autos do TC nº 4.476.99-41, acolhido por este E. Plenário na Sessão Ordinária nº 2.041 do dia 24 de julho p.p., que tratou de matéria análoga ao presente,

VOTO pelo **acolhimento** do Contrato nº 16/99, determinando-se à Origem que, de futuro, contratações como a dos autos sejam embasadas no artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de setembro de 2002.

MARIANA P.A.Q.BARBOSA
Conselheira Interina

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro EDSON SIMÕES - Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e DJALMA DONATO, tendo em vista a irregularidade apontada nos autos, em julgar irregular a contratação, e, considerando também as impropriedades apontadas quanto à extemporaneidade na lavratura e na publicação do ajuste, em aplicar ao ordenador da despesa a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencida a Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Revisora, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Revisora, ROBERTO BRAGUIM e DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de setembro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

Relatório

No v. Acórdão, projetado à fl. 1.138, esta Egrégia Corte julgou, por maioria, na conformidade do voto proferido pelo então Conselheiro Relator Edson Simões, vencida a Conselheira Interina Mariana Barbosa, irregular o ajuste pactuado entre o IPREM e a PRODAM, por suas impropriedades e pela extemporaneidade de sua lavratura e publicação, infligindo ao ordenador da despesa a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais).

Insurgem-se contra esse r. Julgado a Procuradoria da Fazenda Municipal e o Sr. Bertoldo Salum, na forma dos recursos interpostos às fls. 1.154/1.157 e 1.159/1.173, respectivamente.

A primeira recorrente argumenta, em apertada síntese, que o v. Acórdão inobservou a adequação do contrato à regra de dispensa tipificada no artigo 24, VIII, da Lei 8.666/93, aplicada conjugadamente com o artigo 25, inciso II, ante a singularidade do objeto contratual, além de que não foi comprovada a antieconomicidade contratual.

De sua vez, o segundo recorrente destaca, em longas razões, o enquadramento do contrato, pelas características técnicas de seu objeto, ao artigo 25 do Diploma Licitatório, o que afasta a possibilidade de cotejo com preços de mercado e a conseqüente imputação de responsabilidade administrativa ao ordenador da despesa, revelando-se, desta forma, antijurídica a sanção pecuniária imposta.

A Divisão Técnica especializada da Secretaria de Fiscalização e Controle, analisando os aspectos técnicos levantados pelo recorrente Bertoldo Salum, entendeu que a inviabilidade da gestão dos sistemas por outra empresa que não a PRODAM não justificava a contratação por preços acima daqueles praticados no mercado, como foi preteritamente constatado na manifestação de fls. 1.082/1.084.

Ante tal conclusão, a Assessora Jurídica de Controle Externo e o Secretário de Fiscalização e Controle opinaram pelo conhecimento dos recursos, e, no mérito, pelo seu IMPROVIMENTO (fls. 1.229/1.234 e 1.237).

A Procuradoria da Fazenda Municipal bateu-se pelo acolhimento dos apelos (fl. 1.239), o mesmo ocorrendo por parte do Secretário Geral, que destacou a ausência de parâmetros de comparação de preços, tendo em conta que os serviços prestados ao IPREM eram de caráter exclusivo da PRODAM, de sorte que não poderiam ser disponibilizados por outra empresa do ramo, sugerindo, porém, determinação à Autarquia para, em situações similares, proceder ao embasamento correto do despacho no artigo 25 da Lei 8.666/93.

É o resumo do necessário.

Voto

Preliminarmente, conheço de ambos os recursos, por presentes os requisitos de admissibilidade, viabilizando, assim, a incursão em seu mérito.

Contudo, neste plano, os apelos não merecem prosperar, uma vez que os recorrentes não lograram derrubar os sólidos e jurídicos fundamentos do voto que alimentou o Pronunciamento desta Casa. Com efeito, naquela oportunidade, do julgamento da causa, o então ínclito Conselheiro Relator Edson Simões, deixou consignado, no seu voto, o não-atendimento, pela contratante, do inciso III do artigo 26 da Lei 8.666/93, que exige a justificativa de preço, nos casos em que ela couber, como requisito indispensável ao procedimento de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento previstos no dispositivo.

O fato de a contratação envolver duas entidades da Administração indireta da mesma esfera de Governo não exime a contratante do cumprimento daquele requisito, porque, como anotou o Profº Marçal Justen Filho, nos seus comentários ao preceito:

> **"Como regra, toda contratação direta deverá ser antecedida de um procedimento no qual estejam documentadas as ocorrências relevantes. Atinge-se essa conclusão pela necessidade de documentação dos atos administrativos e pela natureza não discricionária de todas as hipóteses de contratação direta. Nenhum gestor de recursos públicos poderia escusar-se a justificar uma contratação direta sob fundamento de que a hipótese não estava prevista no artigo 26". (Dialética, 2000, pág. 298).**

Na verdade, a Lei visou assegurar o respeito ao princípio da moralidade administrativa nas contratações diretas, evitando contratações de preços excessivos ou superfaturados, capazes de comprometer a higidez do negócio.

Nessa linha de raciocínio, o v. Acórdão não cometeu qualquer afronta ao preceito que fundamentou o ajuste direto, como sustenta o Órgão Fazendário, antes deu correta interpretação ao parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93.

Aliás, esse dispositivo se aplica tanto aos casos elencados de dispensa, como os de inexigibilidade, segundo resulta da leitura de seu texto.

Por fim, rebatendo os argumentos dos recorrentes, a Auditoria desta Casa confirmou que os preços praticados pela PRODAM eram superiores aos parâmetros de mercado (fls. 1.224/7), a despeito das características técnicas e especiais evidenciadas na descrição do objeto contratual.

Com essas ponderações, reforçadas pelas manifestações dos órgãos técnicos deste Egrégio Tribunal, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos "sub examine", mantendo, em decorrência, o v. Acórdão recorrido, em toda sua íntegra.

TCM, 30 de março de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

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 de ambos os recursos, por presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, também, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor "ad hoc" e MAURÍCIO FARIA, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em dar provimento aos recursos, para o fim de acolher o Contrato 16/99 e cancelar a multa aplicada ao ordenador da despesa, com a reforma da decisão impugnada.

Vencido, quanto ao mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator que, consoante seu relatório e voto apresentados, negou provimento aos recursos "sub examine", mantendo, em decorrência, o V. Acórdão recorrido, em toda sua íntegra.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e MAURÍCIO FARIA.

Ausentou-se o Conselheiro EDSON SIMÕES, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de março de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EURÍPEDES SALES
Conselheiro Revisor “ad hoc”, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte