



Processos: TC's-16623.989.16-7 e 17136.989.16-7
Contratante: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Contratada: Brasil Telecom Comunicação Multimídia Ltda..
Em exame: CONTRATO Nº 000.127/16 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HOSPEDAGEM, FORNECIMENTO DE CIRCUITOS DE COMUNICAÇÃO E GERENCIAMENTO PARA EQUIPAMENTOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO - DATA CENTER

Excelentíssimo Senhor Conselheiro,

Tratam os autos da análise da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços de hospedagem firmada entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a empresa Brasil Telecom Comunicação Multimídia Ltda, cujo objeto está descrito em *epígrafe*. Em exame também a execução contratual da avença ora em análise (TC-17136.989.16-7).

A diligente Fiscalização concluiu pela **irregularidade** da inexigibilidade e da execução contratual sob análise, com fundamento nas seguintes falhas abaixo elencadas (evento 15.1 do TC-16623.989.16-7, fls.5/6):

- a) contratação por inexigibilidade, mesmo sendo viável a realização de licitação, como ocorreu nas duas últimas contratações;
- b) ausência de pesquisa de preços;
- c) empenho realizado após a assinatura do contrato com inobservância à regra do art. 60 da Lei Federal nº 4.320/1964;
- d) emissão de notas fiscais com data anterior à assinatura do contrato.

A d. Procuradoria da Fazenda do Estado, diante dos apontamentos iniciais lançados pela diligente Fiscalização desse E. Tribunal de Contas e, visando resguardar as garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, propôs notificação dos responsáveis, para encaminhamento de justificativas que julgassem oportunas, nos termos do artigo 2º,



XIII, da Lei Complementar nº 709/1993, o que foi deferido no r. despacho (eventos 18.1 e 24.1 do TC-16623.989.16-7).

Por meio de Ofício nº 007/017/SAB 2.1, o TJSP solicitou ao Exmo. Sr. Conselheiro Substituto a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias (evento 38.1 do TC-16623.989.16-7), o que foi deferido no r. despacho (evento 49.1 do TC-16623.989.16-7).

A Origem veio aos autos e apresentou as justificativas de seu interesse, em resumo (evento 39.1 do TC-16623.989.16-7):

- a) no tocante à execução contratual, o empenho teria sido emitido no momento da autorização pela autoridade competente da contratação direta, com fulcro no art. 25, *caput*, da Lei de Licitações (fls. 37/38);
- b) em 2015, foram realizados estudos e análises acerca dos riscos que um eventual deslocamento de equipamentos traria para o Tribunal por empresa especializada em gestão de riscos. Dos estudos, concluiu-se que, abrir a possibilidade para a execução de serviço de *moving* acarretaria a paralisação das atividades jurisdicionais por 5 (cinco) meses e colocaria em risco os equipamentos recém adquiridos pelo órgão público, razão pela qual teria ocorrido a contratação direta da empresa Brasil Telecom (fls. 69/71);
- c) Quanto à pesquisa de preços, o TJSP teria solicitado uma planilha de custos à empresa contratada e a partir dela teria buscado a cotação dos itens com outros fornecedores. Diante da comparação dos preços, o órgão entendeu que a proposta da Brasil Telecom estaria de acordo com os preços de mercado;
- d) No que concerne à emissão de notas fiscais, essas teriam sido emitidas para pagamento de parcelas referentes a meses posteriores, já correspondentes à vigência contratual.

A d. PFE se manifestou pela **regularidade** da matéria, por considerar que as irregularidades reputadas pela diligente Fiscalização teriam sido supostamente afastadas pelas justificativas apresentadas pela Origem (evento 44.1 do TC-16623.989.16-7).

Eis o estágio em que vêm os autos ao Ministério Público para a sua atuação como *custos legis*.

É o relatório.

No contraste entre as falhas arroladas pelo relatório da diligente Fiscalização, de um lado, e as justificativas e documentos apresentados pela Origem, de outro, o Ministério Público de Contas entende que persiste a **irregularidade** da matéria em apreço (evento 15.1, fls.5/6 do TC-16623.989.16-7).



No caso em tela, emerge uma pouco justificada inexigibilidade de licitação para objeto objetivamente suscetível de ampla e isonômica competição, caso houvesse especificação adequada dos serviços acessórios de suporte à execução do objeto contratual principal.

Como bem suscitado pela Fiscalização, trata-se de questionável tese de impossibilidade de competição para um objeto anteriormente já licitado, em afronta à regra geral inscrita no art. 37, XXI da Constituição de 1988 e às balizas que regem sua exceção¹.

A esse respeito, merece destaque, em um primeiro momento, a justificativa do processo de inexigibilidade: riscos que supostamente poderiam vir a ser causados, caso ocorresse o deslocamento do *datacenter*, notadamente pelo temor de solução de continuidade para as atividades jurisdicionais por até 5 (cinco) meses. A Origem sustenta haver aqui uma situação equivalente praticamente ao monopólio, porque a paralisação ocorreria em função da execução do serviço de *moving* que, conforme estudo acerca da análise dos riscos, somente a empresa fabricante dos *storages* (EMC) poderia executá-lo (evento 1.3 do TC-16623.989.16-7).

No entanto, diante do posicionamento retificatório da STI-4, subentende-se que o serviço principal poderia ser prestado por outra empresa que se sagra-se vencedora em eventual procedimento licitatório (evento 39.1, fl.70 do TC-16623.989.16-7), ainda que mediante subcontratação da fabricante dos *storages* para o pertinente traslado de equipamentos, se isso fosse necessário:

*Ratificamos nosso posicionamento quando "entendemos também que a opção de licitação através de pregão está prejudicada, pois **haveria a necessidade de especificar que o ganhador do certame seja obrigado a "subcontratar" a empresa fabricante dos storages (EMC), em virtude de somente ela estar apta a prestar o serviço de moving para seus equipamentos, caso fosse necessário**" (grifamos).*

¹ Lei nº 8.666/93: "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005.)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017);

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados".



Nesse sentido, conforme o próprio laudo técnico do TJSP havia a possibilidade de terceirização parcial do objeto para fins de fomento à competição entre possíveis fornecedores capacitados para prestar o serviço de necessidade do órgão público (evento 1.3 do TC-16623.989.16-7, fl.11). Tal cenário mostraria melhor as diversas opções e seus respectivos custos de transação.

A prévia pesquisa de preços resultou na apresentação de propostas por 3 (três) empresas participantes (evento 39.1, fl.74/75 do TC-16623.989.16-7), mas, posteriormente, o termo de referência teria sido modificado a fim de adequar o objeto do contrato às reais necessidades do órgão. A partir de então, foi solicitada nova pesquisa estimativa de modo a justificar o preço da contratação, a qual restou prejudicada pois as empresas dela declinaram (evento 39.1, fls.78/85 do TC-16623.989.16-7)

Nesse contexto, a Origem solicitou à empresa Brasil Telecom, via e-mail, contratos que guardariam correlação com a proposta apresentada por ela ao TJSP, para efeito de formal justificativa de preços (evento. 39.1, fls.86/87 do TC-16623.989.16-7). Vale aqui destacar a resposta apresentada pela empresa:

“A solução técnica apresentada em proposta enviada ao Tribunal de Justiça - SP, a partir do Termo de Referência que consta no processo, por ser uma solução customizada e específica, não guarda correlação com qualquer outra solução prestada a outros clientes, públicos ou privados, da Brasil Telecom - Oi.”

Dessa forma, mera declaração do próprio contratado sobre uma solução específica e customizada não atesta a inexigibilidade de licitação, tampouco comprova a economicidade dos preços praticados, em consonância com o mercado referencial.

Sobreleva a escassez probatória e o risco de prevalência do interesse privado da empresa contratada por inexigibilidade, notadamente diante da falta de lastro sobre a economicidade do preço contratado (evento 39.1, fl.91 do TC-16623.989.16-7). Conforme a diligente Fiscalização, o valor da contratação é 145,95% superior ao valor da contratação anterior realizada através de pregão, que fora tratada no TC 27888/026/10.

Vale lembrar que a contratação de outras soluções de informática pelo TJSP fora impugnada pelo Conselho Nacional de Justiça também por força da precária tese de inviabilidade de competição, sem prévia avaliação ampla e suficiente de alternativas e todos os possíveis competidores à disposição no mercado (como se pode ler em



<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/cnj-suspende-contrato-tj-sao-paulo-microsoft> e
<https://www.conjur.com.br/2019-jun-25/cnj-mantem-suspensao-contrato-tj-sp-microsoft>)

Somem-se a isso as irregularidades constatadas pela fiscalização na execução contratual, onde houve:

“a emissão de notas fiscais no montante de R\$ 2.922.652,31, com previsão de pagamento para segunda metade do mês de dezembro/2016 (Doc 04 – Notas de Lançamento). Contudo, verificamos que as notas fiscais n.º 1609.001, 1609.518 e 1609.519 no montante de R\$ 1.644.189,62 foram emitidas em 22/08/2016, data anterior a assinatura do contrato (08/09/2016), bem como dos empenhos (19/09/2016).

Ademais, a contratada emite as notas fiscais sem descrição detalhada do serviço (Doc 05 – Notas Fiscais), dificultando a análise dos valores faturados com o serviço realizado.

[...] notas fiscais que totalizam R\$ 1.644.189,62 foram emitidas antes da assinatura do contrato em desacordo com à regra do art. 60 da Lei Federal nº 4.320/1964.”

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo**, atuando na função de *custos legis*, pugna pela **irregularidade** do contrato, por inexigibilidade de licitação e, em consonância com o quanto suscitado na instrução, pela **irregularidade da execução contratual**, sem prejuízo da aplicação de multa ao responsável, com fulcro no art.104, II, da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

São Paulo, 14 de abril de 2020.

Élida Graziane Pinto
Procuradora do Ministério Público de Contas

MG