

TC/000199/2024

Objeto: Edital - Pregão Eletrônico nº 35/2023 - SPTrans pelo modo de disputa fechado, do tipo menor preço, vinculado ao Palc 2023/0588, cujo objeto é a aquisição de licenças de uso de Sistema de Monitoramento e Gestão Operacional (SMGO) para monitoramento, planejamento e gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros da Cidade de São Paulo com os respectivos serviços de implantação, customização, operação, treinamento, manutenção, processamento e armazenamento.

Interessados: São Paulo Transporte S/A (*), Jomar Santos de Lisboa, Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito, Consórcio Clever

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO

Cuidam os autos de Acompanhamento do Edital SPTrans nº 035/2023, cujo objeto é a aquisição de licenças de uso de Sistema de Monitoramento e Gestão Operacional (SMGO) para monitoramento, planejamento e gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros da Cidade de São Paulo, com os respectivos serviços de implantação, customização, operação, treinamento, manutenção, processamento, armazenamento e comunicação de dados em nuvem sob demanda.

A Equipe de Auditoria elaborou relatório preliminar (peça 19) apontando vinte e novas infringências que comprometiam o acolhimento do edital acompanhado.

Analizadas as defesas e esclarecimentos apresentados no decorrer da instrução processual, a Área Técnica opinou, em sede relatório conclusivo (peça 47) pela superação dos apontamentos relativos aos **itens 4.2** (verificou-se que a versão republicada do edital incluiu o Anexo VI quanto ao critério preço e medição), **4.5** (a previsão no item 7.1.2 do

anexo II permite a disponibilização da solução por no mínimo 5 anos após o término dos contratos de concessão, sendo aceitável a modelagem adotada), **4.7** (a SPTrans informa ter excluído o item 18.2 que conflitava com o item 6.2.2, o que de fato deixou de constar no edital republicado), **4.9** (os custos já estão previstos no contrato e as licenças Oracle podem ser de uso ou não da Contratada e caso não sejam os custos serão exclusivamente da contratada), **4.11** (com base na argumentação da SPTrans e na nova redação do edital relativa ao item 7.7, aspectos relacionados à segurança, restou superado o apontamento), **4.12** (as informações da Origem comprovaram que é possível aos licitantes considerar especificar quais são os dados referidos no item 7.7.2.6 e definir qual o período de retenção de *backup*, estimando mais adequadamente os custos para isso), **4.13** (foi verificado que a SPTrans inseriu as informações relativas ao TEG no edital republicado), **4.14** (foi verificada a inclusão do item 2.1 no apêndice A que detalhou informações referentes ao serviço TEG, possibilitando melhor dimensionamento da solução), **4.16** (as alterações promovidas pela Origem resultaram na superação do apontamento), **4.18** (as alterações promovidas pela Origem resultaram na superação do apontamento), **4.20** (restou esclarecido que a forma de remuneração se justifica pela necessidade de receber os módulos completamente implementados no prazo final previsto de 9 meses, o incentivo da entrega para recebimento dos valores totais das licenças de cada módulo e a antecipação de valores ser orientada para viabilizar tal modelo de remuneração), **4.21** (verificou-se que a SPTrans alterou o disposto no item 12.1 do Termo de Referência), **4.23** (as especificações contidas nos itens 24 a 29 do Apêndice B e nos itens 1 a 12 da planilha do Acordo do Nível de Serviço (ANS) são compatíveis com aquelas constantes no Anexo VII dos Editais das Concessões), **4.25** (do ponto de vista da contratação do SMGO em análise, a iniciativa da SPTrans pode ser considerada suficiente para que seja superado o apontamento), **4.26** (quanto à indicação da SPTrans de que a previsão do Apêndice B seria a forma prevista na contratação para prever a penalidade no caso de descumprimento na entrega dos módulos, incluindo aqueles previstos para o “novo COP”, considera-se suficiente e fica superado o apontamento) e **4.28** (considerando o racional apresentado e as ponderações relacionadas à limitação do percentual das multas e seus efeitos na contratação, e o fato que o novo percentual corresponde a um aumento de quatro vezes no valor inicial previsto de 0,05%, restou superado o apontamento).

Instada a se manifestar sobre nova manifestação da Origem (peças 65 e 66), a Equipe de Auditoria opinou pela superação dos **itens 4.3** (considerando os

argumentos da SPTrans sobre o SMGO e a impossibilidade classificá-lo como bem comum de mercado, principalmente quanto à especificidade e complexidade do objeto, bem como da necessidade de customizações a serem realizadas no momento da implantação, restou superado o apontamento), **4.24** (considerando os argumentos da origem e considerando se tratar de uma licitação complexa, restou superado o apontamento), **4.29** (considerando a apresentação do PDSTIC da SPTrans, aprovado em 14/03/2024, restou superado) e **4.30** (a Auditoria entendeu que foi prestada a informação demandada), bem como sugeriu que são passíveis de superação, mediante incorporação ao edital e ajustes no instrumento, os **itens 4.8, 4.15, 4.17 e 4.22** (peça 73).

Posteriormente, a Auditoria desta Corte de Contas (peça 133) entendeu que também restaram superados os apontamentos relativos aos **itens 4.8** (o termo de referência foi revisado e nele passou a constar o item 5.2.4.1.9, superando o apontamento), **4.17** (a revisão promovida nos itens 8.1.4 e 8.1.5 do Termo de Referência deixaram claro que os critérios de pagamento se dariam proporcionalmente ao valor do respectivo módulo, corrigindo a incoerência do texto e deixando claro que o pagamento se daria com relação a cada módulo, proporcional ao respectivo módulo.) e **4.22** (como se observa dos itens do Termo de Referência e do Apêndice B.1 — Funcionalidades do SMGO listados à peça 129, fl. 14, o validador passou a constar na lista de equipamentos embarcados).

Ainda em sua derradeira manifestação (peça 133), a Área Técnica concluiu que restaram mantidos os apontamentos relativos aos **itens 4.1** (a pesquisa de preços apresenta falhas em sua elaboração), **4.4** (a transferência da competência das atividades inerentes ao SMGO para o Poder Concedente em conjunto com a SPTrans, sem a necessária exclusão desse sistema no objeto dos contratos de concessão do sistema de transporte está em desacordo com a legislação, além de ferir o princípio de vinculação ao instrumento convocatório), **4.6** (prejuízo à economicidade da contratação), **4.10** (são necessários esclarecimentos, por parte da SPTrans, quanto à participação dos itens orçados relativos aos serviços de Manutenção Evolutiva/Adaptativa e Treinamentos/Reciclagens da solução DRT), **4.15** (não estão devidamente especificados os critérios e condições de pagamento para o item “Serviços de sustentação do SMGO”), **4.19** (não estão devidamente especificados os critérios e condições de pagamento para o item “Serviços de manutenção evolutiva e adaptativa do SMGO”), **4.27** (a

SPTrans deveria especificar qual será a forma de mensuração dos itens 1 a 15 do ANS, especificando a forma de medição de cada um dos itens e sua viabilidade de obtenção da informação, para que seja possível compará-los com as definições do ANS), **4.31** (a pretensão da SPTrans de utilizar os recursos da Conta Sistema para honrar com os valores que excederão os investimentos previstos para o SMGO não encontra respaldo legal) e **4.32** (A pretensão da SPTrans de utilizar recursos da Conta Sistema, que é deficitária e necessita do recebimento de recursos do Orçamento Municipal, não foi acompanhada da demonstração pela empresa pública ou pela Secretaria Municipal de Transportes, de que existe previsão de recursos suficientes para garantir os pagamentos da implementação do SMGO).

A Assessoria Jurídica deste Tribunal, embora tenha corroborado as conclusões da Auditoria quanto aos apontamentos remanescentes, destacou, sob a perspectiva jurídica, que o fato da Licitação nº 035/2023 já ter sido concluída e o respectivo Contrato nº 2023/0588-01-00 ter sido assinado em 03/05/2024 (peça 101 – fl. 1) atrai a incidência dos artigos 21 e 22 da LINDB (lei de introdução às normas do direito brasileiro) (peças 156 e 157).

Da fundamentação

Feito esse breve relato, passo a analisar o mérito dos achados de auditoria remanescentes.

Como se vê, a Área Técnica deste Tribunal concluiu pela superação da maioria das irregularidades inicialmente apontadas, razão pela qual entendo pertinente que as infringências remanescentes sejam analisadas sob a ótica da segurança jurídica na aplicação do direito público, previstos nos artigos 21 e 22 da LINDB, conforme bem ponderou a Assessoria Jurídica deste Tribunal.

De início, transcrevo trecho de obra de referência do jurista e administrativista Rodrigo Valgas dos Santos¹, acerca da complexidade do ato de administrar:

“O controle externo em termos constitucionalmente adequados deve compreender as dificuldades reais do gestor (art. 22 da LINDB e art.

¹ *In* Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos [livro eletrônico]. 3ª edição. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2023. Pág. 38.

8º do Decreto 9.830/2019); perceber que não é simples administrar; que administrar implica riscos; que esses riscos ou falhas não devem, necessariamente, redundar em sanções; pois quem atua na defesa de interesses de outrem pode cometer (e de regra comete) erros, e esses erros devem ser absorvidos pela Administração quando praticados sem dolo ou culpa grave.”

Pois bem.

A Auditoria desta Corte de Contas concluiu (peça 133) pela manutenção dos apontamentos relativos aos **itens 4.1** (a pesquisa de preços apresenta falhas), **4.4** (transferência da competência das atividades inerentes ao SMGO para o Poder Concedente em conjunto com a SPTrans), **4.6** (insuficiência da justificativa da solução DRT no contexto de contratação), **4.10** (necessidade de esclarecimentos por parte da SPTrans quanto à participação de itens orçados), **4.15** (não estão devidamente especificados os critérios e condições de pagamento para o item “serviços de sustentação do SMGO”), **4.19** (não estão devidamente especificados os critérios e condições de pagamento para o item “serviços de manutenção evolutiva e adaptativa do SMGO”), **4.27** (a SPTrans deveria especificar qual será a forma de mensuração dos itens 1 a 15 do ANS, especificando a forma de medição de cada um dos itens e sua viabilidade de obtenção da informação, para que seja possível compará-los com as definições do ANS), **4.31** (a pretensão da SPTrans de utilizar os recursos da Conta Sistema para honrar com os valores que excederão os investimentos previstos para o SMGO não encontra respaldo legal) e **4.32** (pretensão da SPTrans de utilizar recursos da Conta Sistema não foi acompanhada de demonstração de que existe previsão de recursos suficientes para garantir os pagamentos da implementação SMGO).

Analisando o relatório conclusivo de peça 47 e a derradeira manifestação de peça 133, percebe-se que os apontamentos remanescentes foram mantidos em razão da Área Técnica entender como insuficientes as justificativas da Origem.

Nesse sentido, transcrevo seguintes trechos das peças 47 e 133, no que diz respeito à análise da Coordenadoria:

(Quanto ao **item 4.1**) “*Portanto, ainda que o Apêndice D.2 (Cronograma Financeiro) tenha sido ajustado para indicar mais*

claramente a discricionariedade dos licitantes na definição desses preços, o valor de referência da licitação foi definido com essa restrição, uma vez que não ficou claro aos fornecedores consultados essa possibilidade.” (peça 47 - fl. 7) (destaques acrescentados)

(Quanto ao **item 4.4**) “O fato de que a infringência apontada na licitação decorre da determinação de seu acionista majoritário, ou que a contratação se deu em cumprimento às exigências das políticas públicas sobre mobilidade da Cidade de São Paulo, não a exime de ser considerada irregular. (...)” (peça 133 - fls. 6) (destaques acrescentados).

(Quanto ao **item 4.6**) “No que se refere ao apontamento 4.6, a SPTrans se orienta essencialmente pela afirmação de que a incorporação da solução DRT no contexto do SMGO seria a “forma mais segura e econômica” de efetivar a solução, e que haveria benefícios do ponto de vista da eficiência administrativa na gestão das contratações ao atribuir a um mesmo fornecedor todos os entregáveis previstos, além de delinear as razões técnicas e aquelas decorrentes de suas atribuições e responsabilidades. (...) “Em que pesem os argumentos da SPTrans sob o ponto de vista da eficiência administrativa e a possível simplificação dos atos processuais, ressalta-se que tal adução não deve prevalecer frente às possibilidades de haver uma contratação mais vantajosa para a administração, bem como por se tratar de argumentos genéricos sem a necessária demonstração nos autos de sua efetiva vantajosidade para a Administração.” (peça 47 – fls. 36 e 37) (destaques acrescentados)

(Quanto ao **item 4.10**) “Apesar dos esforços na resposta, não foram apresentados elementos objetivos que justifiquem a constatação do Relatório Preliminar de que “a participação dos itens orçados relativos aos serviços de Manutenção Evolutiva/Adaptativa e

Treinamentos/Reciclagens da solução DRT, representando mais de 90% da soma dos preços de fornecimento e implantação dessas licenças.” (peça 47 – fl. 40) (destaques acrescentados)

*(Quanto ao **item 4.15**) “Portanto, devido a remanescerem dúvidas acerca dos critérios e condições de pagamento para o item “Serviços de sustentação do SMGO”, fica mantido o apontamento 4.15.” (peça 47 – fl. 46) (destaques acrescentados)*

*(Quanto ao **item 4.19**) “A falta de demonstração de que o modelo de contratação das manutenções adaptativa e evolutiva seria economicamente mais vantajoso prejudica a definição dos critérios de pagamento e não esclarece potenciais prejuízos ao erário decorrentes de pagamentos por serviços não prestados ou excedentes de preços decorrentes dessa indefinição. Pelo exposto, fica mantido o apontamento 4.19.” (peça 47 – fl. 54) (destaques acrescentados)*

*(Quanto ao **item 4.27**) “Ainda que os itens 14 e 15 da planilha de ANS do Edital tenham sido ajustados conforme recomendação da Auditoria, não foram prestadas justificativas ou efetivados aperfeiçoamentos na supracitada metodologia de apuração do nível de serviços para solucionar a questão como um todo. Em razão do já esposado, desde o citado Relatório Preliminar, mantém-se esse apontamento.” (peça 133 – fl. 15) (destaques acrescentados)*

*(Quanto aos **itens 4.31 e 4.32**) “Portanto, a previsão da SPTrans de utilizar recursos da Conta Sistema implica diretamente na utilização de recursos do Orçamento Municipal, entretanto, não foi demonstrado pela empresa pública ou pela Secretaria Municipal de Transportes que há dotação orçamentária suficiente de forma a garantir os pagamentos para a implementação do SMGO nos moldes especificados no edital.” (peça 47 – fl. 103); e “Como os esclarecimentos prestados anteriormente pela Origem foram analisados oportunamente por esta Coordenadoria e considerados*

insuficientes para modificar suas conclusões, e não foram apresentados novos argumentos na manifestação em comento, esta Coordenadoria mantém o presente apontamento.” (peça 133 – fl. 17) (destaques acrescentados).

Como se vê dos trechos acima destacados, os apontamentos remanescentes resultam da Área Técnica deste Tribunal considerar insuficientes as justificativas apresentadas pela Origem.

Entendo que a questão da (in)suficiência das justificativas apresentadas pelo gestor público é questão que exige cuidados em termos de razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que não é tarefa simples administrar a coisa pública, pois implica riscos caso a análise do ato controlado não leve em conta a realidade cotidiana em que o gestor público está inserido.

A razão jurídica das alterações da **LINDB** pela Lei federal nº 13.655/2018 foi justamente a de conferir segurança jurídica para o administrador público, ao dispor que a esfera controladora não decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (art. 20 *caput*); que o ato controlador demonstrará por sua motivação a adequação das medidas impostas ou quando invalidar os atos, devendo indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas (art. 20, parágrafo único); que a decisão controladora deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas (art. 21 *caput*); que o órgão controlador deverá levar em consideração os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22 *caput*) e, por fim, que a autoridade controladora deve atuar para aumentar a segurança jurídica (art. 30 *caput*).

Sobre a importância da aplicação da LINDB, cito o seguinte precedente deste E. Tribunal:

RECURSOS. EX OFFICIO. VOLUNTÁRIO. SMS. Decisão que julgou parcialmente regular a prestação de contas de adiantamento bancário. 1. Não há obrigatoriedade legal de que a data da Nota

Fiscal preceda a da compensação, desde que as despesas de adiantamento sejam precedidas de empenho. 2. Constatado que o serviço foi prestado conforme acordado e devidamente remunerado, como comprovado na instrução. Presumível que a contratada tenha corrigido o erro emitindo uma Nota Fiscal retificadora. 3. O recorrente atuou com diligência e de acordo com as expectativas, não apenas ao contratar o serviço urgente e necessário, mas também ao agir prontamente para corrigir o erro na emissão da nota fiscal, obtendo a declaração correspondente da contratada. 4. É essencial ponderar o equilíbrio entre as formalidades legais e o resultado final alcançado, com o intuito de evitar possíveis excessos que possam resultar em situações injustas. Em determinados casos, a rigidez excessiva no cumprimento de normas pode gerar consequências prejudiciais, o que torna fundamental avaliar cuidadosamente cada situação. **Art. 22, LINDB.** CONHECIDOS. PROVIDOS, a fim de reformar a decisão recorrida e declarar, em sua totalidade, a regularidade da prestação de contas. Votação unânime. (TC/007152/2017, Relator Cons. Ricardo Torres. Pleno. 45ª SONP. Julgado em 26/06/2023)

Por outro lado, é oportuno **destacar** o elevado grau de competência e comprometimento do corpo técnico de auditores de controle externo deste Tribunal, que se evidencia por intermédio de seus relatórios que muito bem analisam as questões que lhes são submetidas, sempre de forma técnica e imparcial.

A questão da aceitabilidade ou não das justificativas apresentadas pelos dirigentes dos órgãos controlados passam por filtros. Um é o filtro da legalidade (auditoria de conformidade), em que se analisa se o ato controlado está em conformidade com a legislação, tal como a lei geral de licitações e a legislação específica editada pelo Município de São Paulo sobre licitações e contratações administrativas. Outro filtro a ser ressaltado é o legitimidade, cuja competência dos Tribunais de Contas para analisá-las advém do art. 70 *caput* da Constituição Federal, ao dispor que a fiscalização abrangerá a legitimidade dos atos controlados e que, pela sua natureza jurídica, vai além da mera conformidade à legalidade positivada, visto que permite

incluir na análise do ato controlado certos valores que transcendem a mera legalidade, tais como os valores previstos nas normas jurídicas da LINDB.

É dizer, o ato da administração sujeito a controle pode ser legal e ilegítimo, como pode ser ilegal e legítimo, ou as duas coisas (tanto no seu aspecto positivo [legal e legítimo] quanto negativo [ilegal e ilegítimo]).

Portanto, uma justificativa pode estar em desconformidade parcial com a legislação positivada e ao mesmo tempo legitimar os atos do gestor público quando levados em consideração determinados valores como, por exemplo, o atingimento das políticas públicas, as dificuldades do gestor, a ausência de erro grosseiro, dentre outros.

Assim sendo, quando uma justificativa é considerada insuficiente pelo órgão técnico da Corte de Contas, sob o aspecto da conformidade, pode, ainda assim, ser considerada legítima pelo Órgão Colegiado, sem que haja paradoxo algum nisso, pois além da legislação positivada, devem ser considerados valores como o atingimento das políticas públicas e a segurança jurídica (prevista na LINDB).

Por isso, os Tribunais de Contas quando expedem recomendações ou determinações, quer para aprimorar a conformidade à legislação ou aprimorar a legitimidade dos atos controlados, não se está atrapalhando a implementação das políticas públicas, mas orientando para que a Administração Pública observe tais recomendações/determinações em seus futuros procedimentos licitatórios, procurando sempre alcançar o melhor resultado para se atingir o interesse público.

Feitas essas considerações, entendo que, se de um lado, a Origem, sem constatação alguma de má-fé ou erro grosseiro durante a instrução processual, apresentou suas justificativas e, de outro lado, o corpo técnico desta Casa as considerou insuficientes, cabe ao Órgão Julgador deste Tribunal apreciar e definir essa questão, (i) aceitando as referidas justificativas, (ii) rejeitando-as ou (iii) convertendo os apontamentos em recomendações para orientar o gestor público.

Urge ressaltar que, em consulta ao processo SEI 5010.2023/0013247-3, por intermédio dos sistemas informatizados disponíveis neste Tribunal, a

Licitação nº 035/2023 já foi homologada, conforme publicação no DOC de 29/04/2024, e adjudicado o objeto ao Consórcio vencedor.

Portanto, embora se trate de procedimento licitatório encerrado, situação que por si só não a torna imune à fiscalização deste Tribunal de Contas, entendo absolutamente pertinente a ponderação feita pela Assessoria Jurídica deste Tribunal que se manifestou pela invocação dos artigos 21 e 22 da LINDB ao presente caso (peça 156 – fl. 11).

Urge ressaltar que as alterações na LINDB, pela Lei federal nº 13.655/2018, tiveram como finalidade proteger o gestor público no processo de tomada de decisões no âmbito administrativo, pois tiveram como referencial aumentar a segurança jurídica do administrador. Nesse sentido, consta da ementa da Lei nº 13.655/2018 a seguinte síntese de seu conteúdo:

Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), as disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. (destaques acrescentados)

Portanto, as alterações na LINDB são de ordem funcional (princípio da legalidade funcional), que ocorre quando a lei possui uma função a ser cumprida. No caso, implementar a segurança jurídica na aplicação do direito público para proteger o bom gestor público, visando puni-lo apenas quando atuar em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB)², situações que não restaram configuradas no decorrer da instrução processual.

Assim sendo, quando o parágrafo único do art. 20 da LINDB³ determina que a esfera controladora examine “**possíveis alternativas**” diante do caso concreto, é certo que uma das formas de se observar o princípio da legalidade funcional é a de permitir alternativas que possibilitem a manutenção da validade do ato examinado, sem desconsiderar

² LINDB. Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

³ Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**. (destaques acrescentados)

eventuais infringências remanescentes, como, por exemplo, quando o Órgão Colegiado atua para expedir recomendações, pois neste caso se está aplicando uma alternativa possível à manutenção do ato examinado sem se descuidar da valoração do achado de auditoria remanescente.

Como já mencionado, a licitação analisada já se encontra encerrada, homologada e seu objeto adjudicado e em fase de execução contratual, de forma que uma **possível alternativa**, diante do dilema da (in)suficiência das justificativas dos achados de auditoria remanescentes, é **converter** os apontamentos em recomendações à Origem, a fim de que a Administração leve em consideração as sugestões do corpo técnico deste Tribunal em suas futuras licitações, visando aprimorar os atos sujeitos a controle.

Conclusão

Diante do exposto, levando em consideração que a maioria dos apontamentos de auditoria foram superados no decorrer da instrução processual, que os achados remanescentes giram em torno da questão da (in)suficiência das respectivas justificativas apresentadas, bem como a licitação ora analisada já se encontra encerrada, **opino** pelo acolhimento do Edital SPTrans nº 035/2023, sem prejuízo de que os apontamentos remanescentes sejam convertidos em recomendações à Origem, a critério superior, visando aprimorar os futuros procedimentos licitatórios com objeto semelhante.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 7 de julho de 2025.

ELIO ESTEVES JUNIOR
Secretário-Geral

EJ/AC