

TC/018191/2019

Objeto: Inspeção - Solicitação de instauração de procedimento de fiscalização para análise de notícia veiculada no Jornal "Folha de São Paulo" - Sistema de Cadastramento de Grandes Geradores - AMLURB

Interessadas: Autoridade Municipal de Limpeza Urbana/Fundo Municipal de Limpeza Urbana, Carlos Eduardo Balotta Barros de Oliveira, Evaldo Azevedo, David Tegangno, Green Plataforms Gerenciamento de Dados Ltda.

Relator: Conselheiro Roberto Braguim

Competência: Pleno

PARECER

EXCELENTÍSSIMO CONSELHEIRO

Trata-se de Inspeção visando verificar notícias veiculadas no jornal "Folha de São Paulo" e no sítio eletrônico do "El País - Brasil", cujos títulos são, respectivamente, "empresa que faz cadastro do lixo em SP também vende projetos ambientais para empresários" e "promotoria vai investigar prefeitura de São Paulo por novo cadastro de lixo", publicadas nos dias 9 e 12 de setembro de 2019, respectivamente.

A Auditoria, apresentou o Relatório de Inspeção concluindo o seguinte (peça 19):

Diante do relatado, analisado e evidenciado, considerando as limitações de escopo do trabalho expostas no item 3.1, concluímos que:

4.1 Apesar da Green Plataforms e da Amlurb afirmarem em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo que a empresa não pode fazer uso dos dados do sistema por vedação contratual, não foram localizadas cláusulas que proibam que a empresa faça uso dos dados do sistema. No sentido contrário, a cláusula 4.2.b garante à empresa acesso aos dados e informações imputados no CTRE. Ainda que houvesse proibição do uso de dados, não é possível fazer o controle desse uso, uma vez que não há log no sistema para o modo consulta, o que tornam irratificáveis os acessos feitos no sistema (item 3.6.2).

4.2 O instrumento denominado Termo de Doação nº 01/AMLURB/2018 é nulo em razão da existência dos seguintes vícios (item 3.6):

4.2.1 De forma: não há intuito de doação por parte da Green Plataforms, mas mera licença de uso de sistema por prazo determinado, já que o contrato expressamente prevê a não transferência do sistema CTRE e do ambiente tecnológico que lhe dá suporte ao final da vigência de 7 (sete) anos, vício substancial no ato, aplicação do art. 2º, alínea “b” da Lei nº 4.717/65 (item 3.6.1);

4.2.2 De finalidade: a contratação serviu para atendimento de fins que excedem e diferem dos fins públicos a que se propôs inicialmente, já que gerou contrapartidas em favor da empresa Green Plataforms, dentre as quais se destacam a vantagem concorrencial e o potencial de ganho econômico decorrente da utilização indevida do banco de dados do CTRE, aplicação do art. 2º, alínea “e” da Lei nº 4.717/65 (item 3.6.2);

4.2.3 De objeto: Os acessos e perfis de acessos privilegiados concedidos à Green Plataforms e a falta de transferência efetiva da plataforma CTRE e seu ambiente tecnológico implicam em delegação de atividade imprescindível para o exercício do poder de polícia da Amlurb à empresa privada, proibida pelos art. 199, inciso XXV, entre outros da LM nº 13.478/2002 c/c art. 78 do Código Tributário Nacional c/c art. 4º, inciso III, da LF nº 11.079/2004, o que torna ilegal o objeto da contratação, aplicação do art. 2º, alínea “c” da Lei nº 4.717/65 (item 3.6.3).

Além das nulidades do Termo de Doação nº 01/AMLURB/2018, constata-se ainda as seguintes irregularidades relacionadas ao descumprimento de normas técnicas:

4.3 A equipe técnica da AMLURB desconhece a estruturação e o funcionamento da solução tecnológica por ela utilizada, uma vez que não detém em sua posse documento técnico sobre o software ou documento referente ao projeto de implantação e customização do sistema, o que denota vulnerabilidade de segurança das informações inseridas na plataforma (item 3.3.2);

4.4 Não consta do processo administrativo SEI 6013.2017.0001583-1 qualquer indício de que a aceitação do sistema cedido pela Green Plataforms tenha sido previamente avaliada sob a luz do Plano Diretor Setorial de Tecnologia da Informação e Comunicação - PDSTIC da Amlurb ou que esse plano, pelo menos, tenha sido efetivamente elaborado e mantido atualizado, com periodicidade anual, em infringência ao art. 13, III do DM nº 57.653/2017, decreto municipal que regulamenta a Política Municipal de Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação - PMGTIC no âmbito da Administração Pública Municipal (item 3.4);

4.5 A justificativa da Amlurb (documento SEI 5300672) para aceitação da doação do sistema em nuvem despreza diretrizes técnicas de observância obrigatória para os órgãos e entidades da Administração Municipal, dispostas na OT 009 - CMTIC, dentre as quais a necessidade de elaboração

do plano de adoção de computação em nuvem que subsidie a decisão por esse tipo de produto (item 3.4);

4.6 A disponibilização de acessos privilegiados à infraestrutura tecnológica que suporta o CTRE, inclusive privilégios administrativos no banco de dados, que permitem consultas, alterações, exclusões e cópias das informações ali armazenadas, além da alteração e exclusão dos rastros de violação de segurança registrados, a profissionais vinculados à empresa doadora, não observam os princípios da confidencialidade, integridade, disponibilidade, autenticidade e irretratabilidade, todos previstos na norma ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013, bem como afronta recomendações da OT 009, infringindo o art. 4º, inciso II, do DM nº 53.623/2012 que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (item 3.5.1);

4.7 A liberação para acesso externo ao sistema CTRE do IP da Green Plataforms sem monitoramento e controle, afronta diretamente a exigência de limitação de acesso às informações inseridas nos módulos administrativos de interesse da Amlurb, disposta na cláusula 3.8 do Termo de Doação, criando brechas de segurança e possibilitando a liberação de novos acessos externos indevidos. Soma-se a isso a ausência de monitoramento e controle por parte da Amlurb dos acessos externos ao sistema, em dissonância com o princípio da confidencialidade, disposto na norma ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013 e com as recomendações da OT 009, infringindo, por conseguinte, o art. 4º, inciso II, do DM nº 53.623/2012 que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (item 3.5.2);

4.8 A disponibilização de acessos externos à Green Plataforms, com IP liberado e sem qualquer tipo de identificação de nome e perfil do usuário, listados no Quadro 7, e a permissão de acesso privilegiado aos cadastros de geradores de resíduos e demais funcionalidades do sistema (ex: transportadores, destino final, fiscalização) a colaboradores da empresa doadora, não ligados à municipalidade, através de link externo, com IP liberado e sem qualquer tipo de identificação de nome e perfil de usuário, inclusive dentro das dependências da Amlurb, constitui vulnerabilidade e afronta aos princípios da disponibilidade, da integridade, da autenticidade e, principalmente, da confidencialidade das informações armazenadas e administradas dentro do sistema CTRE, em dissonância com a norma ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013, infringindo, por conseguinte, o art. 4º, inciso II, art. 4º, inciso II, do DM nº 53.623/2012 que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (item 3.5.3)

4.9 O Termo de Doação nº 01/AMLURB/2018 não contempla boas práticas de adoção de garantias mínimas relacionadas ao encerramento do serviço, tais como a fixação de prazo para que a Donatária possa readquirir/exportar os dados, após fim do contrato; a previsão de que a exclusão ou inutilização definitiva dos dados ocorra somente após esse período e que a exportação dos dados ao final do contrato se dê, preferencialmente, por meio de formatos abertos e/ou padronizados,

conforme recomendado pela OT 009. Ademais, isenta a Doadora de responsabilidade por quaisquer atos e/ou fatos relacionados à infraestrutura de terceiros, da qual se declara dependente (item 3.5.5);

4.10 O Termo de Doação nº 01/AMLURB/2018 não contempla boas práticas de adoção de garantias mínimas relacionadas às cláusulas de segurança, sendo que não faz alusão às normas da ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013 e às garantias de disponibilidade, integridade, confidencialidade e autenticidade das informações hospedadas na nuvem e não impõe à empresa doadora ou à fornecedora do data center a adoção de medidas de proteção contra os eventos de perda, acesso ou divulgação dos dados privados submetidos à guarda da Amlurb (item 3.5.5);

4.11 O Termo de Doação nº 01/AMLURB/2018 não contempla boas práticas de adoção de garantias mínimas de proteção à privacidade, tais como previsão de possibilidade ou impossibilidade de transferência de dados de jurisdição, seja dentro ou fora do Brasil, considerando que novas jurisdições podem submeter os dados a regras de privacidade menos abrangentes ou não equivalentes àquelas vigentes na jurisdição original, em afronta às recomendações da OT 009 (item 3.5.5);

4.12 A empresa proprietária do sistema, Green Plataforms, transferiu, de forma irregular, já que sem expressa autorização contratual para tanto, os dados privados cadastrados na CTRE à empresa Amazon, prestadora de serviço de data center em jurisdição estrangeira, por ela escolhida e contratada (itens 3.5.4 e 3.5.5).

Diante da nulidade da contratação e da irreversibilidade das vantagens auferidas pela empresa Green Plataforms, em observância ao parágrafo único do art. 20 da LINDB, apresentamos as seguintes recomendações:

1. Em razão da atual dependência da Amlurb do CTRE e de seu banco de dados, gerando a necessidade das funcionalidades do sistema permanecerem ativas, por prazo razoável, para o processo regular de fiscalização e controle, recomendamos que seja elaborado um plano de transição que contemple a criação de um sistema em ambiente próprio onde seja recebida a aplicação, suas configurações e, especialmente, o banco de dados, evitando acessos externos por terceiros e de forma a internalizar o efetivo gerenciamento e controle de todo o processo de fiscalização iniciado com o cadastramento, podendo, inclusive, valer-se da relação já existente com a Prodam.

2. Seja providenciada pela AMLURB, junto à Doadora, a entrega de toda a documentação técnica resultante dos trabalhos efetuados no projeto de implantação do CTRE (“entregáveis de projeto”), de forma a propiciar o aprimoramento da maturidade e do conhecimento técnico da entidade no desenvolvimento e customização de softwares, assim como aprimorar

o conhecimento dos processos de trabalho utilizados e implementados no sistema que ela mesma utiliza e ainda preservar o interesse público e a salvaguarda da integridade, autenticidade e confidencialidade das informações de terceiros, administradas pela autarquia (item 3.3);

3. Enquanto não for efetivada a transição dos dados do CTRE para sistema próprio, seja realizada, imediatamente, a revisão do cadastro de usuários habilitados no CTRE e, em especial, a revisão dos perfis de acesso privilegiado atribuídos aos profissionais ligados à empresa Green, devidamente identificados ou não (item 3.5.3);

4. Em razão das irregularidades e dos vícios apontados neste Relatório e para a devida apuração de condutas e de responsabilidades, seja encaminhada cópia deste Relatório de Auditoria à Controladoria Geral do Município – CGM e ao Ministério Público do Estado de São Paulo – MPE/SP, visto que este já está atuando no caso conforme anunciado no título da reportagem veiculada pelo El País (item 3.6.2);

5. Seja oficiada a SMG para adotar como prática, a submissão dos editais de aquisição de sistemas ou softwares, seja por meio de doações ou compras, ao Decreto Municipal nº 57.653/2017, que regulamenta a política municipal de governança de tecnologia da informação e comunicação e dispõe sobre as orientações técnicas voltadas ao setor (item 3.4).

A AJCE sugeriu a intimação da Origem e dos responsáveis, visando assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa (peças 22/23).

Apresentaram manifestações: Autoridade Municipal de Limpeza Urbana, Evaldo Azevedo (peças 49 e 50) e Green Plataforms Gerenciamento de Dados SA (peças 56 a 58).

A Auditoria, após análise das manifestações, concluiu o seguinte (peça 76):

Ficam mantidos todos os apontamentos, com exceção do apontamento 4.2.3, que fica parcialmente mantido.

Ficam também mantidas todas as recomendações efetuadas, inclusive a referente ao encaminhamento de cópia do Relatório dos presentes autos à Controladoria Geral do Município – CGM e ao Ministério Público do Estado de São Paulo – MPE/SP, visto que este já está atuando no caso.

Destaca-se que os manifestantes reiteraram a afirmação de que a empresa não pode fazer uso dos dados do sistema por suposta vedação contratual, citando a cláusula 2.4 do contrato, mas tal cláusula veda o

acesso apenas a “terceiros”, termo que não se aplica às duas partes contratantes (doadora e donatária) – em sentido contrário ao afirmado, a cláusula 4.2.b garante à empresa doadora acesso aos dados e informações imputados no CTRE. Além disso, como já relatado, ainda que houvesse proibição do uso de dados, não é possível fazer o controle desse uso, uma vez que não há log no sistema para o modo consulta e que os perfis atribuídos à doadora permitem manipulação dos logs, o que tornam irrastráveis os acessos feitos no sistema.

Vale notar, em sintonia com tal constatação e com o objeto avaliado, que a presente inspeção apontou ainda questões referentes à segurança, vulnerabilidade e privacidade das informações inseridas na plataforma doada à Amlurb.

A Sra. Assessora de Controle Externo da AJCE concluiu que “a presente Inspeção cumpriu seus objetivos e que reúne condições de ser conhecida, sem prejuízo das determinações que o E. Pleno desta Colenda Corte entender pertinentes, inclusive as recomendações mantidas pela Auditoria” (peça 86).

O Assessor Subchefe de Controle Externo da AJCE não vislumbrou a nulidade pelo vício de forma, da mesma forma não vislumbrou a nulidade pelo vício de finalidade e pelo vício no objeto (peça 87).

O Nobre Conselheiro Relator determinou a intimação pessoal dos Srs. Edson Tomaz de Lima Filho e Carlos Eduardo Balotta Barros de Oliveira (peça 93).

O Sr. Carlos Eduardo Balotta Barros de Oliveira apresentou manifestação (peça 115).

A PFM requereu o conhecimento e registro da inspeção e subsidiariamente, requereu o conhecimento e registro dos esclarecimentos da Origem, relevando-se as eventuais falhas verificadas com o julgamento pela improcedência da denúncia (peça 130).

É o relatório.

Preliminarmente, destaco que o procedimento de Inspeção, previsto no art. 44, II do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas, foi devidamente instruído, garantindo o direito ao contraditório e a ampla defesa aos interessados.

O Termo de Doação nº 01/AMLURB/2018 decorreu do Chamamento Público nº 02/2017 - SMG.GAB, visando o "recebimento de doações de

bens e serviços necessários para a Prefeitura do Município de São Paulo, cujo objetivo é a melhoria no desempenho das atividades de prestação de serviços ao cidadão, redução dos gastos, aumento da eficiência, transparência e participação social, otimizando os recursos públicos e viabilizando projetos de gestão".

O apontamento principal da Inspeção realizada pela Auditoria desta E. Corte de Contas se refere aos termos estabelecidos no contrato de doação, que fixam a Green Plataforms como a única responsável pelo desenvolvimento, customização, administração, manutenção e suporte do da plataforma doada, sendo tais serviços prestados exclusivamente por sua equipe técnica.

A Auditoria apontou diversas irregularidades técnicas que ocorreram no Termo de Doação ora em análise. Em que pesem as irregularidades constadas no detalhado relatório elaborado pela equipe de fiscalização deste Egrégio Tribunal acompanho o Sr. Assessor Subchefe de Controle Externo no sentido de que não deverá ser decretada a nulidade do ajuste.

Importante destacar que a Lei nº 13.655, de 2018, incluiu alguns dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, que repercutem diretamente na atividade administrativa relacionada ao desfazimento de atos ilegais. O artigo 20 da LINDB, por exemplo, destaca que o gestor público com poder de decisão, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não decidirá com base em "valores jurídicos abstratos" sem que leve em consideração as "consequências práticas da decisão".

Portanto, a declaração de nulidade de um ato ou contrato administrativo, não deve ser medida adotada de forma corriqueira e apressada, de modo a prestigiar a legalidade estrita e virar as costas para a realidade. Neste sentido:

"o que se propõe é que ao decidir pela anulação de um comportamento administrativo ilegal, o gestor deve considerar também as consequências já produzidas pelo ato. Assim, não é compatível com o princípio da juridicidade, por exemplo, editar um ato administrativo que franqueia ao administrado algum direito e, após um tempo, diante de um vício insanável, promover sua anulação com o desfazimento irrefletido de todas as consequências dele decorrentes. Se houve benefício a terceiros que nem de longe contribuíram para o vício diagnosticado, não é razoável nem justo que todas as consequências favoráveis sejam apagadas" (SANTOS, Mauro Sérgio dos. Anulação de ato administrativo com efeitos prospectivos: diálogo com o princípio da segurança jurídica. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 93-114, abr./jun. 2021)

Importante destacar ainda a nova Lei de Licitações - Lei nº 14.133, de 2021, em seu art. 147, baseada no princípio da segurança jurídica, autoriza a administração pública a valorar as consequências que advirão do desfazimento do contrato administrativo ilegal.

No mesmo sentido, o artigo 148 da Nova Lei de Licitações dispõe que:

"A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do artigo 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos".

A Auditoria entendeu pela nulidade do contrato em razão de **vício de forma** (itens 3.6.1 e 4.2.1 do Relatório), uma vez que o seu conteúdo se consubstancia em cessão de direito de uso de software e não em doação propriamente dita, já que não haverá a transferência da titularidade do programa (código fonte) para a donatária (Administração Pública), ao final da vigência do ajuste, mas apenas o uso gratuito, durante dado período.

Neste sentido acompanho o entendimento do Sr. Assessor Subchefe de Controle Externo da AJCE quando mencionou que: *"impõe-se reconhecer que a existência de imprecisão na definição do nome iuris de negócio jurídico contratual não invalida por si só o ajuste, sendo certo que o conteúdo da contratação deve se sobrepor a eventual equívoco na nomeação que se lhe tenha atribuído"*.

A Auditoria também entendeu existir **vício de finalidade** pelo fato de a cedente do software ter acesso ao banco de dados, de forma privilegiada, e poder, com isso, obter uma vantagem concorrencial e ganhos econômicos, em detrimento dos demais operadores de sistemas que atuam nesse mercado restrito.

O vício de finalidade caracteriza-se por ato praticado visando interesse particular, deixando de buscar o interesse público ao qual está obrigado a perseguir.

No caso em tela, a finalidade do contrato administrativo era a "melhoria no desempenho das atividades de prestação de serviços ao cidadão, redução dos gastos, aumento da eficiência, transparência e participação social, otimizando os recursos público e viabilizando projetos de gestão" (fl. 04 da peça 19), o que parece ter sido alcançado pelas informações prestadas pela própria Amlurb (peça 49).

Portanto, entendo que, apesar das irregularidades apontadas pela Auditoria o interesse da Origem no uso do sistema foi atingido, uma vez que a utilidade do sistema é reconhecida.

Ao que se refere à nulidade pelo **vício no objeto** constatado pela Auditoria, entendendo que o acesso ao sistema pela empresa Green Plataforms consiste em delegação do poder de polícia da Amlurb, sendo assim, acompanho também a AJCE que entendeu que com relação à perspectiva jurídica e com base no que consta dos autos, mencionada nulidade não deverá ser declarada.

No caso em tela, verifica-se que a cedente auxiliou na operação do software, mas não substituiu a Origem no exercício de seu poder de polícia, não sendo o caso de se falar em delegação dessa função, mas sim em atividade de apoio para que a pessoa jurídica competente pudesse exercer esse mister de maneira mais efetiva e célere.

Outrossim, os vícios inerentes ao elemento objeto, decorrem da prática de ato com conteúdo diverso daquele determinado ou autorizado pela lei, o que no caso concreto não ocorreu.

Diante do exposto, considerando que a Inspeção atingiu os objetivos estabelecidos, entendo que o processo encontra-se em condições de ser submetido à apreciação do N. Conselheiro Relator, para conhecimento e deliberação, sem prejuízo das recomendações e determinações que forem julgadas pertinentes.

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

São Paulo, 25 de outubro de 2023.

Milena Giovannetti Magalhães Castro
Secretária-Geral