

TC 031.510/2010-8

Representação

Entidade: Amazonas Distribuidora de Energia S.A.

Responsáveis: Luis Hiroshi Sakamoto (CPF: 098.737.591-15); Andre Luiz Pereira do Couto (CPF: 577.910.232-53); Moisés Antônio Benaion de Alencar (CPF: 284.222.282-20); Cleane Vidal Teixeira (CPF: 742.736.202-00); Valdeni Batista Milhomens (CPF: 225.718.681-87); Thiago Flores dos Santos (CPF: 657.624.522-04); Maria de Fátima Machado e Silva (CPF: 140.407.002-87); e Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda (CNPJ: 00.984.730/0001-74).

Advogados constituídos nos autos: não há.

1. Tratam os autos de representação desta unidade técnica em razão de irregularidades detectadas no bojo do processo TC 024.193/2010-0 referente a auditoria realizada na Amazonas Energia no intuito de avaliar os controles gerais de TI desta, fazendo parte dos trabalhos de uma fiscalização de orientação centralizada (FOC) do TMS6. No referido processo foram aplicados testes substantivos em contratos de TI a fim de verificar se as falhas identificadas nos controles e planejamento da Amazonas Energia se refletiam em irregularidades no caso concreto

2. Foi selecionado o Contrato nº 34932/2009 celebrado com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda. no valor de R\$ 3.077.454,25 (três milhões, setenta e sete mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e setenta e vinte e cinco centavos), cujo objeto é a execução de análises de sistemas envolvendo atividades de desenvolvimento e manutenção de sistemas, suporte técnico em ambiente cliente servidor e suporte técnico a redes.

3. Os referidos testes substantivos detectaram irregularidades referentes a: contratação por interposição de mão de obra; não divisibilidade do objeto, estando presentes a viabilidade técnica e econômica; pagamento não vinculado a resultados; impertinência nos critérios de habilitação; pagamento de horas-extras não trabalhadas; ausência de preposto; ausência de fiscal; e ausência de formalização da verificação dos relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada.

4. Na ocasião da citada auditoria, às irregularidades identificadas propôs-se somente a expedição de alertas ao auditado no intuito de não conturbar o regular prosseguimento do processo e da TMS. Na oportunidade, foi dada ao auditado a oportunidade de se pronunciar a respeito das irregularidades identificadas, as quais serão reproduzidas na sequência.

#### 5. Contratação por interposição de mão de obra

5.1 A impropriedade é caracterizada pelo seguinte: subordinação direta dos funcionários da contratada a servidores da contratante; ausência de preposto da contratada; habitualidade (ou pessoalidade), concernente ao vínculo pessoal nas relações entre o empregado terceirizado e a contratante; a propriedade dos recursos utilizados pelos funcionários da contratada é da contratante; remuneração da contratada pela mera disponibilidade de funcionários à contratante; e gestão dos resultados pela contratante.

5.2 A contratação por interposição de mão de obra afronta o Enunciado 331-TST, e já foi objeto de pronunciamento do Tribunal, conforme Acórdão nº 786/2006 Plenário, item 9.1.1.

### 5.3 Esclarecimentos da entidade:

5.3.1 A entidade prestou esclarecimentos alegando que a terceirização é um dos meios de modernização da estrutura estatal e estaria contida em alguns dispositivos legais relativos à Administração Pública, a exemplo do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 10, § 7º, que permitiria ao Estado contratar serviços de particulares especializados em determinadas atividades.

5.3.2 Na continuidade das alegações acerca da possibilidade de terceirização pela Administração Pública, são citados os artigos 3º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; 6º, II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; e 1º do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997.

5.3.3 Afirmam que a jurisprudência do TST culminou na Súmula 331 pelo entendimento de atribuir licitude à terceirização nas atividades meio, desde que não se configure pessoalidade e subordinação e ilicitude na terceirização da atividade fim, e conclui: Diante do que aqui se destaca, de se ver que no caso em comento não há a suposta irregularidade, visto que a par da existência de permissivo legal, no caso específico da prestação de serviços de Tecnologia da Informação, foram tomadas as medidas indicadas pela Corte de Contas, atendidos os interesses e o planejamento institucional da empresa Amazonas Energia.

5.3.4 Ao fim, alegam que os postos de serviços contratados não constam do Plano de Cargos e Salários da empresa e que tais serviços são indispensáveis para o desenvolvimento das atividades do Departamento de Tecnologia da Informação e Telecomunicações.

### 5.4 Análise

5.4.1 Quanto à contratação por interposição de mão de obra, conforme alega o auditado, a Administração Pública deve buscar a eficiência terceirizando serviços não ligados à sua atividade fim ou que não constem do plano de cargos e salários da empresa. Sobre isso não há divergências. Ocorre que a Amazonas Energia deveria ter utilizado o modelo de contratação de execução indireta de serviços baseado na prestação e remuneração de serviços mensuradas por resultados, considerando a compatibilidade dos serviços ora licitados com esse modelo e as vantagens advindas de sua aplicação, conforme jurisprudência vigente.

5.4.2 O Enunciado nº 331 do TST permite a contratação de atividades meio por empresa interposta desde que não haja pessoalidade e subordinação direta. Veja-se (grifos ausentes no original):

*“Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Revisão do Enunciado nº 256 - O inciso IV foi alterado pela Res. 96/2000 DJ 18.09.2000.*

*I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 3.1.74).*

*II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).*

*III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.*

*IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e*

*constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93). (Res. 23/1993 DJ 21-12-1993) Referência: Del 200/67, art. 10, § 7º - Lei nº 5645/70, art. 3º, parágrafo único Lei nº 6019/74 - Lei nº 7102/83 - CF-88, art. 37, inc. II.”*

5.4.3 No caso **sub examine**, estão presentes elementos de prova da existência da pessoalidade e subordinação direta mencionadas no enunciado, bem como dos demais elementos caracterizadores da interposição de mão de obra.

5.4.4 A resposta ao questionamento 7 dos licitantes (p. 182 do processo de contratação) evidencia a ausência de preposto. Além disso, a Comunicação Interna nº 172/2010 expede regras diretamente aos funcionários da contratada, os quais assinam a ciência do documento individualmente. Ambos os documentos denotam a subordinação direta e a pessoalidade.

5.4.5 A resposta ao questionamento 6 dos licitantes (p. 182 do processo de contratação), por sua vez, evidencia que a propriedade dos recursos é da contratante. O item 1.2.2 do Projeto Básico (p. 9 do processo de contratação) e a Resposta à impugnação dos licitantes, item 6 (p. 212 do processo de contratação) indicam que a remuneração da contratada se dá pela mera disponibilidade de funcionários à contratante.

5.4.6 Diante do montante de elementos comprobatórios, não há como se entender que a contratação em questão se deu nos limites da legalidade.

5.4.7 Os responsáveis são Moisés Antonio Benaion de Alencar, gerente da área técnica elaborou o projeto básico (p. 8/21 do processo de contratação) e Luis Hiroshi Sakamoto, diretor que propôs a contratação e celebrou o contrato (conforme CI nº 018/2009, p. 43/44 do processo de contratação, e Contrato nº 34932/2009).

## 6. Não divisibilidade do objeto, estando presente a viabilidade técnica e econômica

6.1 O objeto do contrato incluía os serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas; suporte técnico em ambiente cliente/servidor; e suporte técnico a redes, os quais são tecnicamente divisíveis (item 1.1 do Projeto Básico – p. 9 do processo de contratação).

6.2 Nesse sentido aponta o Acórdão 1.558/2003 Plenário, que determina a contratação em separado de serviços técnicos de informática como gerência estratégica, desenvolvimento de software, gerenciamento de dados, administração de rede, suporte a usuários, manutenção de hardware, operação de microcomputadores e digitação. Da mesma forma sucede com a Decisão 811/2002, item 8.2.4, do Plenário.

6.3 Dessa forma, os serviços somente podem ser licitados conjuntamente quando houver demonstração da inviabilidade econômica, o que não se verifica no caso em questão.

6.4 Esclarecimentos da entidade:

6.4.1 Alega-se que, consoante orientação deste Tribunal, nas hipóteses de licitação com diversidade de serviços, o entendimento tem sido o de que o parcelamento ou não do objeto da licitação deve ser auferido sempre no caso concreto, perquirindo-se essencialmente acerca da viabilidade técnica e econômica do parcelamento e da divisibilidade do objeto. Afirmam que o TCU, no Acórdão nº 732/2008-P, se pronunciou no sentido de que "a questão da viabilidade do fracionamento deve ser decidida com base em cada caso, pois cada obra tem as suas especificidades, devendo o gestor decidir analisando qual a solução mais adequada no caso concreto". Continuando a defesa, reproduz entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, no Parecer nº 2086/00, elaborado no Processo nº 194/2000 do TCDF, acerca da avaliação da viabilidade técnica para adoção do parcelamento do objeto. E conclui-se: Diante desta perspectiva, considerando principalmente o cenário do mercado do Amazonas e a interligação dos serviços contratados, após prévia análise por parte das áreas competentes, concluiu-se que o fracionamento dos serviços em licitações distintas acarretaria o aumento dos custos ferindo a economicidade

almejada, sem garantir ampliação da competitividade, correndo-se o risco de contratar-se a mesma empresa para todos os serviços, inclusive, por um custo mais elevado.

6.4.2 É afirmado que, nos termos das informações apresentadas pelas áreas técnica e de licitações, o mais indicado para a referida contratação seria que os serviços descritos no prego em tela fossem prestados por uma mesma empresa.

#### 6.5 Análise

6.5.1 Quanto à não divisibilidade do objeto, a viabilidade de sua aplicação deve ser analisada no caso concreto. Este Tribunal já decidiu que os serviços em tela são tecnicamente divisíveis, restando o licitante avaliar, economicamente, a possibilidade, ou não, de sua separação. O processo de contratação não demonstra ter sido realizada tal análise. Realmente impossível que houvesse esse tipo de avaliação, visto que desde o início do processo licitatório foi escolhida a contratação por interposição de mão de obra, inviabilizando a segregação do objeto.

6.5.2 O auditado não demonstra cabalmente a inviabilidade técnica e econômica alegada, somente afirma que as áreas competentes entendem não ser possível a mesma.

6.5.3 Os responsáveis são Moisés Antonio Benaion de Alencar, gerente da área técnica elaborou o projeto básico (p. 8/21 do processo de contratação) e Luis Hiroshi Sakamoto, diretor que propôs a contratação e celebrou o contrato (conforme CI nº 018/2009, p. 43/44 do processo de contratação, e Contrato nº 34932/2009).

### 7 Pagamento não vinculado a resultados

7.1 Os pagamentos efetuados à empresa contratada vinculam-se tão somente à disponibilização da mão de obra, não havendo qualquer aferição de resultados ou do nível mínimo de serviços. Uma vez que o contrato trata da interposição de pessoal e não da prestação de serviços em si, não há como vincular o pagamento a resultados.

7.2 A referida prática está em desacordo com os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, caput da CF) e da economicidade (art. 70 da CF). Assim já foi definido pelo TCU nos Acórdãos 1915/2009 e 786/2006, item 9.4.3, ambos do Plenário.

#### 7.3 Esclarecimentos da entidade

7.3.1 Alegam que o pagamento efetuado à contratada é resultante da aplicação do valor unitário de homem/hora multiplicado pelo total de hora/mês que o profissional executa, o qual seria o mais indicado para a referida contratação, nos termos das informações apresentadas pelas áreas técnica e de licitações.

#### 7.4 Análise

7.4.1 Quanto ao pagamento não vinculado a resultados, o auditado ratifica o achado da auditoria e considera que o correto é o pagamento pela mera disponibilidade de mão de obra, apesar da ampla jurisprudência em contrário, inclusive adotada pelas empresas privadas e entidades públicas de excelência. Comprova-se a visão administrativa arcaica da Amazonas Energia.

7.4.2 Ademais, o 1.2.2 do Projeto Básico (p. 9 do processo de contratação) e os Processos de Pagamento demonstram cabalmente que se paga pela disponibilização da mão de obra.

7.4.3 Os responsáveis são Moisés Antonio Benaion de Alencar, gerente da área técnica elaborou o projeto básico (p. 8/21 do processo de contratação) e Luis Hiroshi Sakamoto, diretor que propôs a contratação e celebrou o contrato (conforme CI nº 018/2009, p. 43/44 do processo de contratação, e Contrato nº 34932/2009).

### 8. Impertinência nos critérios de habilitação

8.1 O Edital do certame que culminou na celebração do contrato em apreço, em seu item 4.1.5, estabeleceu a necessidade de registro do licitante no Conselho Regional de Administração (CRA).

8.2 Como se sabe, com relação aos serviços de TI, não há entidade profissional estabelecida no Brasil. Assim, para a contratação deste tipo de serviços, não se pode exigir o registro no CRA. Esta exigência apenas comprova que o contrato versa sobre uma ilegal interposição de mão de obra, tendo em vista que o registro do CRA afigura-se cabível para empresas de Recursos Humanos.

8.3 O TCU já firmou entendimento nesse sentido, conforme Acórdão 116/2006, item 9.2.4, e Decisão 811/2002, item 8.2.2, ambos do Plenário. Também o Poder Judiciário, consoante os julgados a seguir, adota a mesma linha:

8.3.1 STJ, RESP 496149 / RJ, Processo 200300159908, DJ 15/8/2005 p. 236:

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - COMPLEMENTAÇÃO DAS CUSTAS INICIAIS - CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO APÓS A SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI 4.769/65.”*

8.3.2 STJ, RESP 488441 / RS, Processo 200201710602, DJ 20/9/2004 p. 238:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI 4.769/65 - RESOLUÇÃO NORMATIVA CFA 125/92.”*

8.4 Esclarecimentos da entidade

8.4.1 Alega-se que a exigência relacionada ao Conselho de Administração visou selecionar empresas com qualificação e expertise necessárias para recrutar os profissionais almejados para consecução do objeto contratual.

8.4.2 Consideram que os profissionais necessários à prestação do serviço exerceriam atividades de cunho operacional, exigindo que os mesmos tivessem conhecimentos técnicos, portanto, buscaram com a exigência de registro no órgão profissional, demonstração mínima acerca da capacidade de seleção profissional.

8.4.3 Ratificando o entendimento, argumentam o seguinte: A aferição de tal capacidade é regulada pelo Conselho Federal de Administração – CFA, que em sua Resolução 288/03-CFA, art. 3º, dispõe, consoante o disposto no art. 30, inciso I da Lei nº. 8.666/1993: As empresas de prestação com locação de pessoal têm como atividade fim o próprio fornecimento de mão de obra, caracterizando-se como especializadas em decorrência da experiência, formação e qualificação do pessoal posto à disposição do contratante.

8.4.4 Salientam, por fim, que o quesito de habilitação acima não teve o condão de restringir a competitividade, mas de resguardar a qualidade do serviço prestado através da capacidade da empresa fornecedora da mão de obra necessária.

8.5 Análise

8.5.1 Quanto à impertinência de solicitação de CRA aos licitantes, as alegações do auditado são totalmente descabidas em razão de que os objetos licitados foram serviços de TI e não recrutamento de pessoal, portanto indevida tal exigência.

8.5.2 Importante destacar que há lastro probatório nos seguintes documentos: item 4.1.5 do edital (p. 78 do processo de contratação) e resposta a impugnação, item 6 (p. 212 do processo de contratação).

8.5.3 Os responsáveis são Valdeni Batista Milhomens, Gerente do Departamento de Licitação e Contratos e Cleane Vidal Teixeira, Pregoeira, que elaboraram o edital.

#### 9. Pagamento de horas-extras não trabalhadas

9.1 Foram identificados registros de horas-extras não trabalhadas de funcionários da contratada, pagos à contratada, mas não transferidos aos trabalhadores. Dentro dessa irregularidade foram encontrados indícios de que eram computadas horas-extras fictícias de funcionários demitidos a fim de pagar as custas rescisórias.

9.2 Como evidência das horas-extras fictícias, no mês seguinte ao de pagamento de horas-extras elevadas, os funcionários já não mais integravam a folha de pagamento. Nas folhas individuais de pagamento não constavam os valores de horas-extras, mas sim de rescisão contratual.

9.3 Vale ressaltar que no demonstrativo de formação de preços do vencedor à licitação está provisionado o valor de verbas rescisórias.

#### 9.4 Esclarecimentos da entidade

9.3.1 Confirmou a existência da irregularidade e informou que estão sendo tomadas medidas no sentido de promover o ressarcimento dos valores pagos indevidamente.

#### 9.4 Análise

9.4.1 Os esclarecimentos apresentados, apesar de manifestarem a intenção de reparação do dano, não elidem a constatação.

9.4.2 Nos meses de setembro de 2009 e março, abril, maio e julho de 2010 constatou-se que houve o pagamento do montante de R\$ 47.561,68 (quarenta e sete mil reais e quinhentos e sessenta e um reais e sessenta e oito centavos) à empresa Rudary a título de horas extra, os quais não foram resultaram de horas extraordinárias trabalhadas e nem recebidas pelos funcionários. A discriminação pormenorizada dos valores consta da peça 'Planilha de Horas Extraordinárias indevidas'.

9.4.3 Os referidos valores devem ser glosados e abatidos dos futuros pagamentos a serem efetuados, haja vista que o contrato em apreço foi aditivado (p. 326 da 2ª parte do Processo de Contratação) passando a ter vigência até 13/8/2011. Além disso, deve haver a audiência de Moisés Antônio Benaion de Alencar e André Luiz Pereira do Couto, responsáveis pelos aceites nas notas fiscais de serviço, e a oitiva da empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda., a qual se beneficiou diretamente dos pagamentos irregulares.

#### 10. Ausência de preposto

10.1 O contrato em tela não prevê a figura do preposto da contratada a fim de representá-la, o que vai de encontro ao art. 68 da Lei nº 8.666/1993. Essa afirmativa é ratificada pela resposta dada aos interessados na licitação, ainda na fase prévia à abertura do certame, de que deveria ser desconsiderado o preposto para fins do cálculo da proposta de preços.

10.2 Em relação a esta constatação não foram solicitados esclarecimentos prévios à entidade.

10.3 A evidência tem suporte probatório na resposta ao questionamento 7 dos licitantes (p. 182 do processo de contratação). Deve ser ouvido em audiência Moisés Antônio Benaion de Alencar por não contemplar a figura do preposto no projeto básico.

#### 11 Ausência de fiscal

11.1 Questionado pela equipe de auditoria acerca da designação formal de representante da Amazonas Energia como fiscal do contrato em tela, o auditado respondeu não ter ocorrido tal designação. Assim, vislumbra-se violação do art. 67 da Lei nº 8.666/1993.

11.2 Em relação a esta constatação não foram solicitados esclarecimentos prévios à entidade.

11.3 O item 11.1 (p. 17 do processo de contratação) do Projeto Básico prevê que o fiscal do contrato deve ser designado pelo gestor do contrato. Assim, o responsável pela irregularidade é a Sra. Maria de Fátima Machado e Silva, gestora do contrato designada pela Cláusula Vigésima Quinta do Contrato nº 34932/2009.

#### 12 Ausência de formalização da verificação dos relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada

12.1 Foi identificada a inexistência de controles formais próprios da Amazonas Energia na verificação das horas trabalhadas pelos funcionários terceirizados. Questionado, o auditado confirmou a falta de relatório próprio de acompanhamento, sendo realizado somente o aceite das informações apresentadas pelo contratado.

12.2 Em relação a esta constatação não foram solicitados esclarecimentos prévios à entidade.

12.3 A irregularidade merece ser imputada à Sra. Maria de Fátima Machado e Silva, gestora do contrato, que não providenciou a formalização do acompanhamento do contrato, conforme exige o item 1.4 do Projeto Básico (p. 10 do processo de contratação).

13 Além das irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria, a partir de uma análise perfunctória do processo de contratação, constataram-se outras irregularidades, que são tratadas na sequência:

#### 14 Fixação de preços mínimos

14.1 O Projeto Básico estipulou (p. 118 do processo de contratação), valores de salários a serem pagos a cada cargo, contendo, inclusive, a seguinte determinação: “*valor fixo, devendo os licitantes obedecerem o exposto*”.

14.2 De igual modo, no Adendo nº 01 (CE – ALC/A – nº 345/2009), constante da p. 160 do processo de contratação, verifica-se que a resposta ao questionamento 2 (“*As licitantes deverão utilizar sob pena de desclassificação, os salários estabelecidos nas Planilhas de Custos do edital?*”) é afirmativa.

14.3 Conclui-se, portanto, que houve a fixação de salários a serem pagos aos funcionários da prestadora de serviços. Como se sabe, neste tipo de contrato, o principal componente do custo é a mão de obra, ainda mais no presente caso, quando fica evidenciada a interposição de pessoal.

14.4 Com efeito, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 40, X, veda a fixação de preços mínimos. Como neste tipo de contrato o valor da mão de obra é o grande componente do preço, a fixação dos salários acaba por constituir uma fixação indireta do preço mínimo.

14.5 Nesse sentido tem entendido o TCU. Veja-se:

*“13.Com relação à fixação da remuneração mínima e dos benefícios a serem pagos aos empregados da contratada, os responsáveis argumentam, como nova alegação, que tal exigência objetivou assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada, tendo em vista a responsabilidade solidária da Administração.*

*14.Já foi explicitado neste processo que a fixação de valores mínimos de remuneração nada mais é do que a fixação de preços mínimos para a licitação, uma vez que o salário se constitui no principal componente do preço no contrato de prestação de serviços. Portanto, a exigência viola o disposto no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93.”* (Acórdão TCU nº 1094/2004 – Plenário).

*“9.4. determinar ao Departamento de Administração do Ministério das Relações Exteriores que, quando da abertura de novo(s) procedimento(s) licitatório(s) em substituição à Concorrência*

02/2004, observe o disposto no art. 3º da Lei 8.666/93 e os seguintes preceitos na elaboração do(s) edital(ais):

9.4.1. *abstenha-se de:*

(...)

9.4.1.7. *estabelecer preços mínimos ou patamares de remuneração mínima a ser paga aos profissionais a serem contratados pela eventual vencedora da licitação, tendo em vista a proibição contida no inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93;*” (Acórdão TCU nº 264/2006 – Plenário)

14.6 Vale destacar que uma licitante impugnou a exigência editalícia (p. 189/195 do processo de contratação) e teve o seu pleito indeferido, conforme Relatório de Julgamento de Impugnação (p. 207/212 do processo de contratação).

14.7 Desse modo, o responsável Moisés Antonio Benaion de Alencar, que elaborou o projeto básico, deve ser ouvido em audiência.

#### 15 Não punição de licitantes que deixaram de apresentar proposta

15.1 Em consulta à Ata de Julgamento do Pregão (p. 533/535 do processo de contratação), verifica-se que as empresas Owlas System Software Informática LTDA, CNPJ: 06.347.226/0001-40, TSI Tecnologia e Segurança de Informática Ltda - ME, CNPJ: 08.008.347/0001-92, Maria Socorro da Silva - ME, CNPJ: 08.955.920/0001-75, EMK Informática Ltda ME, CNPJ: 01.240.550/0001-40, Data Graphics Tecnologia e Informação Ltda, CNPJ: 00.658.293/0001-07, embora tenham apresentado lances, quando convocadas para apresentação da documentação, quedaram-se inertes.

15.2 Nesse sentido, o art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, prevê que, quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

15.3 Fica claro que todas as empresas mencionadas deixaram de apresentar a documentação exigida para o certame. Dessa forma, todas elas deveriam ter sido penalizadas pela conduta irregular. Ocorre que não há registro algum da aplicação da penalidade.

15.4 São responsáveis pela desídia na aplicação da penalidade a Sra. Cleane Vidal Teixeira, Pregoeira, e o Sr. Valdeni Batista Milhomens, Gerente do Departamento de Licitações e Contratos, que homologou o pregão eletrônico (p. 559 do processo de contratação).

#### 16 Parecer jurídico lançado sem a presença das minutas do Edital e do Contrato

16.1 Consta das p. 55/56 do processo de contratação o parecer jurídico que aprova a minuta do edital de licitação.

16.2 O referido parecer não mencionou nada sobre os aspectos de legalidade da contratação em si, quando poderia, inclusive, ter alertado sobre a ilegalidade da terceirização de mão de obra, Além disso, foi lançado sem a presença das minutas do edital e do contrato nos autos. Ainda assim, em seu penúltimo parágrafo, o parecerista afirma que a “*Minuta Editalícia converge-se e subjugam-se aos ditames legais dispostos nas Leis 8.666/93 e 10.520/02*”.

16.3 Como poderia a assessoria jurídica ter aprovado uma minuta de edital que sequer constava dos autos? Verifica-se que nas páginas 1/54 (anteriores ao parecer) não consta a minuta do

edital e que, na sequência (p. 62 do processo de contratação), já consta a publicação do Aviso. O Edital já aparece assinado na p. 71.

16.4 A única conclusão a que se pode chegar é a de que o parecer foi feito já com vistas à aprovação, ou seja, **pro forma**, além de omissis. Daí o fato do parecerista Thiago Flores dos Santos (OAB/AM nº 5.004) não ter se preocupado em verificar se a minuta do edital constava dos autos. Violou-se, assim, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, que determina que as minutas de editais e contratos devem ser examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica. Não basta, portanto, a aprovação, mas é necessário o exame. No presente caso não houve o exame uma vez que não estavam nos autos as minutas do edital e do contrato.

16.5 Dessa forma, merece o responsável ser ouvido em audiência.

17. Conclusão. Diante do exposto, nos termos do art. 237, VI, do Regimento Interno do TCU, c/c art. 132, VI da Resolução nº 191, de 21 de junho de 2006, sugere-se o encaminhamento dos autos para o Relator Ministro Aroldo Cedraz propondo:

17.1 Conhecer da presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade;

17.2 ser realizada a oitiva da empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda (CNPJ: 00.984.730/0001-74) pelo recebimento da Amazonas Distribuidora de Energia de pagamento de horas-extras, as quais não foram trabalhadas por seus funcionários, nos meses de setembro de 2009, março, abril, maio e julho de 2010, por meio das Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas nº 679, 963, 1015, 1096 e 1202 (item 9), tendo em vista que tal irregularidade poderá conduzir à glosa do montante de R\$ 47.561,68 (quarenta e sete mil reais e quinhentos e sessenta e um reais e sessenta e oito centavos), a serem descontados dos pagamentos a serem realizadas pela empresa nas próximas faturas (enviar cópia da PLANILHA DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS INDEVIDAS);

17.3 que sejam ouvidos em audiência, nos termos dos arts. 10, § 1º, e 12, inciso III, da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 202, inciso III, do Regimento Interno/TCU, os responsáveis abaixo arrolados, para que apresentem, no prazo de quinze dias, razões de justificativa para as ocorrências respectivas:

17.3.1 Responsável: Luis Hiroshi Sakamoto (CPF: 098.737.591-15)

17.3.1.1 1ª Ocorrência (item 5): Celebração do Contrato nº 34932/2009 com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda no modelo de interposição de mão de obra, vedado pelo Enunciado nº 331 do TST, o qual se caracteriza pela subordinação direta dos funcionários da contratada a servidores da contratante, ausência de preposto, pessoalidade, propriedade dos recursos utilizados pelos funcionários da contratada sendo da contratante; remuneração da contratada pela mera disponibilidade de funcionários à contratante;

17.3.1.2 2ª Ocorrência (item 6): Contratação de serviços técnica e economicamente divisíveis no Contrato nº 34932/2009, quais sejam: serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas; suporte técnico em ambiente cliente/servidor; e suporte técnico a redes;

17.3.1.3 3ª Ocorrência (item 7): Celebração do Contrato nº 34932/2009 sem vincular os pagamentos efetuados à empresa contratada à resultados, mas tão somente à disponibilização da mão de obra, não havendo qualquer aferição de resultados ou do nível mínimo de serviços, em desacordo com os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, caput da CF) e da economicidade (art. 70 da CF);

17.3.2 Responsável: Moisés Antônio Benaion de Alencar (CPF: 284.222.282-20)

17.3.2.1 1ª Ocorrência (item 5): Elaboração do Projeto Básico que levou à celebração do Contrato nº 34932/2009 com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda no modelo de interposição de mão de obra, vedado pelo Enunciado nº 331 do TST, o qual se

caracteriza pela subordinação direta dos funcionários da contratada a servidores da contratante, ausência de preposto, pessoalidade, propriedade dos recursos utilizados pelos funcionários da contratada sendo da contratante; remuneração da contratada pela mera disponibilidade de funcionários à contratante;

17.3.2.2 2ª Ocorrência (item 6): Elaboração do Projeto Básico que levou à contratação de serviços técnica e economicamente divisíveis no Contrato nº 34932/2009, quais sejam: serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas; suporte técnico em ambiente cliente/servidor; e suporte técnico a redes;

17.3.2.3 3ª Ocorrência (item 7): Elaboração do Projeto Básico que levou à celebração do Contrato nº 34932/2009 sem vincular os pagamentos efetuados à empresa contratada à resultados, mas tão somente à disponibilização da mão de obra, não havendo qualquer aferição de resultados ou do nível mínimo de serviços, em desacordo com os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, caput da CF) e da economicidade (art. 70 da CF);

17.3.2.4 4ª Ocorrência (item 14): Elaboração do Projeto Básico que levou à celebração do Contrato nº 34932/2009 contendo a determinação de que os valores dos salários deveriam ser fixos, o que constitui a fixação de preços mínimos vedada pela Lei nº 8.666/1993, em seu art. 40, X;

17.3.2.5 5ª Ocorrência (item 10): Elaboração do Projeto Básico sem prever a presença de um preposto da empresa contratada;

17.3.2.6 6ª Ocorrência (item 9): Aceite da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica nº 679, referente aos serviços prestados no mês de setembro de 2009, e consequente autorização do pagamento, de valores de horas-extras não trabalhadas pelos funcionários da contratada.

17.3.3 Responsável: Valdeni Batista Milhomens (CPF: 225.718.681-87)

17.3.3.1 1ª Ocorrência (item 8): Elaboração do Edital do Pregão Eletrônico nº 109/2009, o qual levou à celebração do Contrato nº 34932/2009, incluindo o item 4.1.5, o qual estabeleceu a necessidade de registro do licitante no Conselho Regional de Administração (CRA);

17.3.3.2 2ª Ocorrência (item 15): Não punição das empresas Owlas System Software Informática LTDA, CNPJ: 06.347.226/0001-40, TSI Tecnologia e Segurança de Informática Ltda - ME, CNPJ: 08.008.347/0001-92, Maria Socorro da Silva - ME, CNPJ: 08.955.920/0001-75, EMK Informática Ltda ME, CNPJ: 01.240.550/0001-40, Data Graphics Tecnologia e Informação Ltda, CNPJ: 00.658.293/0001-07, embora tenham apresentado lances, quando convocadas para apresentação da documentação, quedaram-se inertes;

17.3.4 Responsável: Cleane Vidal Teixeira (CPF: 742.736.202-00)

17.3.4.1 1ª Ocorrência (item 8): Elaboração do Edital do Pregão Eletrônico nº 109/2009, o qual levou à celebração do Contrato nº 34932/2009, incluindo o item 4.1.5, o qual estabeleceu a necessidade de registro do licitante no Conselho Regional de Administração (CRA);

17.3.4.2 2ª Ocorrência (item 15): Não punição das empresas Owlas System Software Informática LTDA, CNPJ: 06.347.226/0001-40, TSI Tecnologia e Segurança de Informática Ltda - ME, CNPJ: 08.008.347/0001-92, Maria Socorro da Silva - ME, CNPJ: 08.955.920/0001-75, EMK Informática Ltda ME, CNPJ: 01.240.550/0001-40, Data Graphics Tecnologia e Informação Ltda, CNPJ: 00.658.293/0001-07, embora tenham apresentado lances, quando convocadas para apresentação da documentação, quedaram-se inertes;

17.3.5 Responsável: Maria de Fátima Machado e Silva (CPF: 140.407.002-87)

17.3.5.1 1ª Ocorrência (item 11): Não designação do fiscal do Contrato nº 34932/2009, sendo a gestora do contrato designada pela Cláusula Vigésima Quinta do referido ajuste;



17.3.5.2 2ª Ocorrência (item 12): Ausência de formalização da verificação dos relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada no Contrato nº 34932/2009 (acompanhamento do contrato), em descumprimento ao item 1.4 do Projeto Básico;

17.3.6 Responsável: Thiago Flores dos Santos (CPF: 657.624.522-04)

17.3.6.1 1ª Ocorrência (item 16): Elaboração de parecer “**pro forma**” no processo de contratação do Pregão Eletrônico nº 109/2009, tendo em vista que aprovou a minuta do edital sem que esta constasse dos autos quando da elaboração do parecer;

17.3.7 Responsável: André Luiz Pereira do Couto (CPF: 577.910.232-53)

17.3.7.1 1ª Ocorrência (item 9): Aceite das Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas nº 963, 1015, 1096 e 1202, referentes respectivamente aos serviços prestados nos meses de março, abril, maio e julho de 2010, e consequente autorização do pagamento, de valores de horas-extras não trabalhadas pelos funcionários da contratada.

SECEX-AM, em 1º de dezembro de 2010.

**Alberto Scherer Soares**  
AUFC – Mat. 7657-0

**Paulo Henrique Castro Grande de Arruda**  
AUFC – Mat. 8139-6