

**TC 031.510/2010-8**

**Tipo:** Representação

**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)

**Representante:** Secretaria de Controle Externo no Amazonas (Secex-AM)

**Interessado:** Amazonas Distribuidora de Energia S.A.

**Advogada:** Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira (OAB/AM 3.554), com procuração na peça 61 e p. 11 da peça 75

**Proposta:** de mérito

1. Tratam os autos de representação desta unidade técnica em razão de irregularidades detectadas no bojo do TC 024.193/2010-0 referente à auditoria realizada na Amazonas Distribuidora de Energia S.A (Amazonas Energia) no intuito de avaliar os controles gerais de Tecnologia da Informação (TI) desta, fazendo parte dos trabalhos de uma Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) do Tema de Maior Significância n. 6 (TMS 6). No referido processo foram aplicados testes substantivos em contratos de TI a fim de verificar se as falhas identificadas nos controles e planejamento se refletiam em irregularidades no caso concreto.

2. Foi selecionado o Contrato 34932/2009 celebrado com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda., no valor de R\$ 3.077.454,25, 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 as seguintes irregularidades, cuja análise se fez na Representação (peça 21), 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 Representação foram promovidas as audiências dos Srs. Luis Hiroshi Sakamoto, Andre Luiz Pereira do Couto, Moisés Antônio Benaion de Alencar, Cleane Vidal Teixeira, Valdeni Batista Milhomens, Thiago Flores dos Santos e Maria de Fátima Machado e Silva, bem como a oitiva da empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda., as quais foram realizadas por intermédio dos ofícios constantes das peças 26 a 33. Todas comunicações foram devidamente recebidas (peças 36 a 45) e respondidas. Passa-se à análise.

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

5.1. Verificou-se que a Amazonas Energia, na celebração do contrato em exame, utilizou-se de empresa interposta para contratação de mão de obra, ao invés de utilizar o modelo de contratação

de execução indireta de serviços baseado na prestação e remuneração mensurado por resultados, considerando a compatibilidade dos serviços ora licitados com esse modelo e as vantagens advindas de sua aplicação, conforme jurisprudência vigente.

5.2. Nesse sentido, houve violação ao Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Este permite a contratação de atividades meio por empresa interposta desde que não haja pessoalidade e subordinação direta. Todavia, 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.

5.3. Foram apontados como responsáveis Moisés Antonio Benaion de Alencar, gerente da área técnica elaborou o projeto básico (p. 8/21 da peça 1) e Luis Hiroshi Sakamoto, diretor que propôs a contratação e celebrou o contrato (conforme CI 018/2009, p. 43/44 da peça 1, e Contrato 34932/2009, peça 4).

5.4. Segue a análise das razões de justificativa.

5.5. Moisés Antonio Benaion de Alencar

5.5.1. Apresentou razões de justificativa (peça 73), com as seguintes alegações, em síntese:

5.5.1.1. O Estado vem se servindo de mecanismos para reduzir seu papel como prestador de serviços, dentre eles, a terceirização;

5.5.1.2. A terceirização vem prevista em diversos normativos como o §7º do art. 10 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 3º da Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970, art. 6º, II, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e §1º do art. 18 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000;

5.5.1.3. O art. 1º do Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997, o qual regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, estabelece que os serviços de informática podem ser executados indiretamente;

5.5.1.4. No caso em questão, não há irregularidade visto que há permissivo legal e foram tomadas as medidas indicadas pela Corte de Contas, atendidos os interesses e o planejamento institucional da Amazonas Energia ;

5.5.1.5. A Amazonas Energia inseriu no contrato cláusula que condiciona a realização dos pagamentos à apresentação dos documentos que demonstram o recolhimento dos encargos devidos, de modo a evitar a responsabilidade subsidiária a que alude o Enunciado 331;

5.5.1.6. Os postos e serviços contratados não constam do Plano de Cargos e Salários e são indispensáveis para o desenvolvimento das atividades do Departamento de Tecnologia da Informação e Telecomunicações.

5.6. Luis Hiroshi Sakamoto

5.6.1. Apresentou razões de justificativa (peça 75) com argumentos rigorosamente iguais ao do responsável Moisés Antonio Benaion de Alencar.

5.7. Análise

5.7.1. Os argumentos apresentados por ambos se aproximam muitos daqueles já formulados por ocasião da elaboração do Relatório de Auditoria, conforme se depreende da leitura do item 5.3 da Representação (peça 21), razão pela qual a análise também é semelhante.

5.7.2. Desse modo, se naquela altura os argumentos já não foram considerados suficientes para elidir a constatação, o mesmo pode-se dizer agora, devendo-se rejeitar as alegações de defesa de ambos neste ponto.

5.7.3. Quanto à contratação por interposição de mão de obra, conforme alegam os responsáveis, 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 mensurados por resultados, considerando a compatibilidade dos serviços ora licitados com esse modelo e as vantagens advindas de sua aplicação.

5.7.4. O Enunciado 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 256 - O inciso IV foi alterado pela Res. 96/2000 DJ 18/9/2000.

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 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 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 8.666/93). (Res. 23/1993 DJ 21-12-1993) Referência: Del 200/67, art. 10, § 7º - Lei 5645/70, art. 3º, parágrafo único Lei 6019/74 - Lei 7102/83 - CF-88, art. 37, inc. II.

5.7.5. No caso presente, há 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.

5.7.6. A resposta ao questionamento 7 dos licitantes (p. 181 da peça 1) evidencia a ausência de preposto. Além disso, a Comunicação Interna 172/2010 (peça 3) 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.

5.7.7. A resposta ao questionamento 6 dos licitantes (p. 181 da peça 1), por sua vez, evidencia que a propriedade dos recursos é da contratante. O item 1.2.2 do Projeto Básico (p. 9 da peça 1) e a Resposta à impugnação dos licitantes, item 6 (p. 211 da peça 1) indicam que a remuneração da contratada se dá pela mera disponibilidade de funcionários à contratante.

5.7.8. Diante do montante de elementos comprobatórios, não há como se entender que a contratação em questão se deu nos limites da legalidade. Os responsáveis, portanto, merecem ser apenados com multa.

## **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 da peça 1).

6.2. Foram apontados como responsáveis Moisés Antonio Benaion de Alencar, gerente da área técnica elaborou o projeto básico (p. 8/21 da peça 1) e Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor que propôs a contratação e celebrou o contratato (conforme CI 018/2009, p. 43/44 da peça 1, e Contrato 34932/2009, peça 4).

6.3. Segue a análise das razões de justificativa.

6.4. Moisés Antonio Benaion de Alencar

6.4.1. Apresentou razões de justificativa (peça 73), alegando, em síntese, que:

6.4.1.1. Conforme orientação do TCU, nas hipóteses de licitação com diversidade de serviços, o entendimento tem sido de que o parcelamento ou não do objeto da licitação deve ser aferido sempre no caso concreto (Acórdão 732/2008);

6.4.1.2. Considerando o cenário do mercado amazonense 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 e correndo o risco de se contratar a mesma empresa para todos os serviços, com um custo mais elevado;

6.4.1.3. Nos termos das informações apresentadas pelas áreas técnica e de licitações, o mais indicado para a contratação seria que os serviços descritos no Pregão 109/2009 fossem prestados por uma mesma empresa;

6.4.1.4. A contratação em questão não causou prejuízo ao erário;

6.4.1.5. O estudo mencionado comprovou que o aumento no esforço de gerenciar diversos contratos não seria compensado com o ganho decorrente de competitividade;

6.4.1.6. Os serviços visados pela licitação, apesar de terem finalidades distintas, são espécies ou formas de um mesmo sistema operacional interligado, exigindo gerenciamento e coordenação simultânea, o que restaria dificultado no caso de repartição do contrato;

6.5. Luis Hiroshi Sakamoto

6.5.1. Apresentou razões de justificativa (peça 75) apresentando argumentos rigorosamente iguais ao do responsável Moisés Antonio Benaion de Alencar.

6.6. Análise

6.6.1. Os argumentos apresentados por ambos se aproximam muito daqueles já formulados por ocasião da elaboração do Relatório de Auditoria, conforme se depreende da leitura do item 6.4 da Representação (peça 21), razão pela qual a análise também é semelhante.

6.6.2. Quanto a 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. Os responsáveis não demonstram cabalmente a inviabilidade técnica e econômica alegada, afirmando apenas que as áreas competentes entendem não ser possível. Não conseguiram se desincumbir do ônus de comprovar as suas alegações, uma vez que não apresentaram o suposto estudo que conclui pela necessidade de contratação conjunta.

6.5.3. Em sentido contrário ao alegado pelos responsáveis, o Acórdão 1.558/2003 – Plenário 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.

6.5.4. Assim, merecem rejeição as razões de justificativa nesse ponto, bem como merecem aplicação de multa os responsáveis.

## **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. Foram apontados como responsáveis Moisés Antonio Benaion de Alencar, gerente da área técnica elaborou o projeto básico (p. 8/21 da peça 1) e Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor que propôs a contratação e celebrou o contrato (conforme CI 018/2009, p. 43/44 da peça 1, e Contrato 34932/2009, peça 4).

7.3. Segue a análise das razões de justificativa.

### 7.4. Moisés Antonio Benaion de Alencar

7.4.1. Apresentou razões de justificativa (peça 73), alegando, em síntese, que:

7.4.1.1. O pagamento efetuado à empresa contratada é resultante da aplicação do valor unitário do h/h multiplicado pelo total de horas/mês que o profissional executa, que, nos termos das informações apresentadas pelas áreas técnica e de licitações, seria o mais indicado para a referida contratação;

7.4.1.2. As atividades contratuais são fiscalizadas e gerenciadas pelo corpo técnico do Departamento de Tecnologia da Informação e Telecomunicações (DGT);

7.4.1.3. As irregularidades apontadas pela equipe de auditoria foram ocasionadas pela inexperiência do corpo técnico do DGT, que não dispõe de conhecimentos técnicos adequados para este tipo de contratação.

### 7.5. Luis Hiroshi Sakamoto

7.5.1. Apresentou razões de justificativa (peça 75) com argumentos rigorosamente iguais ao do responsável Moisés Antonio Benaion de Alencar.

### 7.6. Análise

7.6.1. Os argumentos apresentados por ambos se aproximam muitos daqueles já formulados por ocasião da elaboração do Relatório de Auditoria, conforme se depreende da leitura do item 7.3 da Representação (peça 21), razão pela qual a análise também é semelhante.

7.6.2. Os responsáveis acabam por ratificar o achado da auditoria e consideram 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.

7.6.3. Ademais, o 1.2.2 do Projeto Básico (p. 9 da peça 1) e os Processos de Pagamento (peças 6 a 17) demonstram cabalmente que se paga pela disponibilização da mão de obra.

7.6.4. A referida prática está em desacordo com os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal – 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.

7.6.5. Desse modo, como já aconteceu na Representação, não se pode acatar as alegações dos responsáveis, devendo-se rejeitar suas razões de justificativa e aplicar-lhes a pena de multa.

## 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. Foram apontados como responsáveis Valdeni Batista Milhomens, Gerente do Departamento de Licitação e Contratos e Cleane Vidal Teixeira, Pregoeira, que elaboraram o edital.

8.3. Segue a análise das razões de justificativa.

### 8.4. Valdeni Batista Milhomens

8.4.1. Apresentou razões de justifica (peça 68), alegando, em síntese, que:

8.4.1.1. A inclusão do referido item visava assegurar que a Administração Pública não contrataria pessoas jurídicas levianas e, para obstar futuros transtornos, agiu-se de forma discricionária para aferir a idoneidade e a capacidade operacional, bem como a regularidade relativa à constituição das candidatas;

8.4.1.2. A atividade licitada está sujeita à fiscalização do Conselho Regional de Administração (CRA), conforme art. 2º, “b”, da Lei 4.769, de 9 de setembro de 1965;

8.4.1.3. Partiu-se do pressuposto de que, para os serviços envolvendo análise e desenvolvimento, seria viável a exigência do CRA;

8.4.1.4. O intuito foi o de selecionar a empresa que tivesse a qualificação necessária para apresentar os profissionais almejados para a execução perfeita de suas obrigações, ressalvados os amparos legais, uma vez que as empresas de prestação de serviços 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 da contratante, nos termos do art. 26 da Resolução 288/2003 do Conselho Federal de Administração (CFA).

### 8.5. Cleane Vidal Teixeira

8.5.1. Apresentou razões de justificativa (peça 69) com argumentos rigorosamente iguais ao do responsável Valdeni Batista Milhomens.

### 8.6. Análise

8.6.1. Os responsáveis alicerçam suas justificativas no art. 2º, “b”, da Lei 4.769/1965, que tem a seguinte redação:

Art 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, VETADO, mediante:

(...)

b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração VETADO, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos;

8.6.2. Como se percebe, em nenhum momento se faz alusão a qualquer tipo de serviços de TI. 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.

8.6.3. 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 Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante os julgados seguir, segue a mesma linha:

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. (STJ, RESP 496149 / RJ, Processo 200300159908, DJ 15/8/2005 p. 236)

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 (STJ, RESP 488441 / RS, Processo 200201710602, DJ 20/9/2004 p. 238).

8.6.4. Destarte, as alegações de defesa dos responsáveis não merecem acolhida neste ponto, cabendo apenar-lhes com multa. Há lastro probatório para a ocorrência nos seguintes documentos: item 4.1.5 do edital (p. 77 da peça 1) e resposta a impugnação, item 6 (p. 211 da peça 1).

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

9.1. Foram identificados registros de horas-extras não trabalhadas de funcionários da contratada, pagos a esta, mas não transferidos aos trabalhadores. Os documentos indicam que eram computadas horas-extras fictícias de funcionários demitidos a fim de pagar os custos rescisórios. 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.

9.2 Vale ressaltar que, no demonstrativo de formação de preços, o vencedor da licitação está provisionando o valor de verbas rescisórias.

9.3. Foram apontados como responsáveis Moisés Antônio Benaion de Alencar (pagamento da NFS 679) e André Luiz Pereira do Couto (NFS 963, 1015, 1096 e 1202), a quem incumbia os aceites nas notas fiscais de serviço. Diante da possibilidade de se compensar os valores devidos nos pagamentos futuros, foi realizada a oitiva da empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda.

### **9.4. Moisés Antônio Benaion de Alencar**

9.4.1. Apresentou razões de justifica (peça 73), alegando, em síntese, que:

9.4.1.1. Todo controle de horas trabalhadas e horas-extras executadas pelos trabalhadores da empresa Rudary era feito com base nas comparações e conferência dos cartões de ponto e de controle interno de frequência (CIF);

9.4.1.2. Encaminha em anexo cópias dos documentos dos colaboradores da contratada, cartão de ponto, CIF e contracheques, que subsidiaram o pagamento da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica 679.

### **9.5. André Luiz Pereira do Couto**

9.5.1. Apresentou razões de justifica (peça 72), alegando, em síntese, que:

9.5.1.1. No processo de pagamento, a documentação é recebida pelo apoio administrativo do Departamento para as devidas conferências, nos termos do contrato. Após a conferência, a documentação é encaminhada à Gerência para o aceite e demais providências de pagamento;

9.5.1.2. No caso em questão, percebeu-se o equívoco, tendo adotado as seguintes providências: notificação da empresa sobre a irregularidade (p. 5 da peça 72), com a informação de que será realizada glosa; emissão de memorando (p. 4 da peça 72); e melhoria dos procedimentos de gestão e controle dos contratos.

9.6. Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda

9.6.1. Respondeu à oitiva (peça 77), alegando que nunca ocorreu pagamento de horas-extras indevidas;

9.6.2. Há mais de quinze anos a empresa vem agindo com transparência e zelo na sua prestação de serviços, especialmente no tocante a seus contratos com o serviço público;

9.6.3. Horas-Extras indevidas – Setembro/2009

9.6.3.1. Em relação aos valores apontados como pagos indevidamente no mês de Setembro/2009, alegou que os pagamentos a maior são oriundos de um resíduo relativo ao mês de agosto de 2009, o que pode ser comprovado pelos documentos anexos (p. 31-206 da peça 77).

9.6.3.2. Na apuração da empresa, verificou-se um saldo credor em benefício da empresa de R\$ 193,01 e R\$ 202,67 de saldo devedor, de forma que a importância de R\$ 6,19 será devolvida corrigida, como forma de demonstrar a boa-fé.

9.6.4. Horas-Extras indevidas – Março, Abril, Maio e Julho/2010

9.6.4.1. Reconheceu o pagamento indevido relativo aos funcionários Rosana Azedo de Oliveira (março/2010), Rodrigo Sávio dos Reis Melo (março/2010) e Rondinelli Vasconcelos Holanda (maio/2010).

9.6.4.2. Com relação aos funcionários Uender Duarte Pereira e Daniel Bezerra Sampaio (março/2010), Julio Cezar Pinheiro da Silva e Moisés Alves dos Santos Filho (abril/2010), Adilson Bosco Ribeiro Viana e Regirley do Nascimento Brasil (maio/2010) e Sérgio Augusto Magalhães de Souza (julho/2010), informou que os valores pagos como horas-extras, na verdade, se referiam ao pagamento de aviso prévio indenizado solicitado pela Amazonas Energia (p. 239-244, 253-262, 276-285, e 296-297 da peça 77), uma vez que não há rubrica contratual para cobrir este tipo de despesa, mas tão somente para custear aviso prévio trabalhado (aprovisionamento de 2,1%).

9.6.5. A empresa Rudary apresentou ainda a peça 78, alegando que, por meio da CTA - DGT 007/2011 (p. 3 da peça 78), a Amazonas Energia determinou a glosa do valor de R\$ 47.561,68.

9.6.5.1. Requereu, ao fim, a devolução imediata da glosa realizada, uma vez que matéria ainda está pendente de apreciação no TCU e que não foi realizado o contraditório e ampla defesa.

9.7. Análise das alegações dos gestores

9.7.1. As justificativas do responsável Moisés Antônio Benaion de Alencar merecem ser acatadas nesta parte, tendo em vista que o único pagamento autorizado por este foi com relação ao mês de setembro de 2009 e sobre o qual se constatou que não houve dano ao erário, conforme análise da oitiva da empresa (item 9.8.1).

9.7.2. Com relação ao responsável André Luiz Pereira do Couto, todavia, as razões de justificativa merecem rejeição.

9.7.2.1. Conforme fundamentação que segue no item 9.8.1 (análise da oitiva da empresa), é indevida a cobrança de aviso prévio indenizado sem cobertura contratual, sendo irregular, ainda, o pagamento em outra rubrica, falseando-se a realidade.

9.7.2.2. Deveria o gestor, ao invés de simplesmente acatar o pagamento de aviso prévio indenizado não previsto no contrato (travestido de horas-extras), buscar orientações do setor jurídico da entidade após a comunicação da controvérsia pela empresa.

9.7.2.3. É impossível considerar como de boa-fé o gestor que entra em acordo com a empresa para praticar ato irregular falseando-se a documentação financeira da empresa.

9.7.2.4. Merece o gestor ser penalizado com multa pela violação das normas legais referentes à liquidação da despesa (arts. 62 e 63 da Lei 4.320 de 17 de março de 1964).

#### 9.8. Análise das alegações da empresa

##### 9.8.1. Horas-Extras indevidas – Setembro/2009

9.8.1.1. Com relação aos valores apontados como indevidos no mês de setembro de 2009 (R\$ 27.088,80) verifica-se que assiste razão à empresa.

9.8.1.2. Os valores em questão são oriundos de um erro material que ocorreu no cálculo das diferenças entre as horas-extras pagas e as trabalhadas. Nesse sentido, compararam-se as horas extras pagas pela Amazonas Energia no mês de setembro de 2009 com as horas-extras recebidas pelos funcionários da Rudary em agosto de 2009.

9.8.1.3. O referido erro, todavia, não importa em mudança no valor a ser glosado no referido contrato, haja vista que, na planilha constante da peça 5, os valores concernentes ao mês de setembro de 2009 não foram computados na soma final (R\$ 47.561,68), que contempla apenas a soma dos meses de março (R\$ 9.423,60), abril (R\$ 17.055,96), maio (R\$ 14.379,64) e julho (R\$ 6.702,48). A diferença em questão decorre de erro na elaboração da planilha.

9.8.1.4. De qualquer forma, como não há elevação no valor da glosa a ser efetuada, não há que se falar em alguma violação ao contraditório e à ampla defesa, além do que o fato em questão decorre de simples adição matemática.

##### 9.8.2. Horas-Extras indevidas – Março, Abril, Maio e Julho/2010

9.8.2.1. Verifica-se que não assiste razão à empresa com relação ao pagamento de horas-extras para cobrir custos com aviso prévio indenizado não constante da composição de custos.

9.8.2.2. É bem verdade que, nas composições de custos apresentadas pela empresa na proposta (p. 422-439 da peça 1), há apenas o provisionamento de 2,1% do salário relativo a aviso prévio, o que equivale aos sete dias sem trabalhar referentes ao aviso prévio trabalhado (art. 487, II c/c 488, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT).

9.8.2.3. Todavia, nos contratos de terceirização, o vínculo principal estabelece-se entre o funcionário e a empresa contratada. Apesar de prestar serviços nas dependências da contratante (Administração Pública), os funcionários devem responder diretamente à empresa contratada.

9.8.2.4. A regra da terceirização, cristalizada no entendimento o Enunciado 331 do TST, exige que não haja a pessoalidade ou subordinação direta dos empregados da contratada com relação à contratante. Nesse sentido, surgem as seguintes regras: a seleção de pessoal é de responsabilidade total da contratada, não podendo a contratante intervir nesse processo; e, caso não haja o desempenho esperado por parte de algum funcionário, a contratante pode pedir a imediata substituição do funcionário.

9.8.2.5. Verifica-se que, pela norma da não ingerência, a contratante não pode pedir a demissão do funcionário, mas apenas a substituição que é coisa diversa.

9.8.2.6. Como empresa que trabalha com terceirização, cabe à contratada realocar o funcionário em outro posto ou outro contrato, ou se quiser, demiti-lo, assumindo o ônus da dispensa do aviso prévio. Não faz sentido que uma empresa, cujo funcionário não agrade ao cliente, demita-o e coloque o ônus à custa do próprio cliente insatisfeito.

9.8.2.7. A possibilidade da empresa contratada não possuir outro contrato em que possa alocar o funcionário faz parte do risco da atividade econômica.

9.8.2.8. Assim, não poderia a empresa, a despeito do pedido da Amazonas Energia, demitir o funcionário colocando todo o ônus à custa da empresa estatal. Além disso, o valor provisionado do aviso prévio trabalhado deveria ter sido abatido do valor cobrado da Amazonas Energia, o que não ocorreu.

9.8.2.9. Na verdade, a empresa cobrou a totalidade dos valores concernentes ao aviso prévio da Amazonas Energia, locupletando-se do provisionamento feito mês a mês. Tal conduta não evidencia a boa fé dos gestores da empresa.

9.8.2.10. Dessa forma, os valores concernentes aos pagamentos de horas-extras indevidas realizadas nos meses de março, abril, maio e julho de 2010, que chegam ao montante de R\$ 47.561,68, conforme nova tabela de apuração das horas-extras indevidas (peça 79), devem ser glosados pela Amazonas Energia.

9.8.3. Por fim, cumpre salientar que não se pode dar deferimento ao requerimento da peça 78: primeiramente porque não se comprovou que houve glosa, mas tão somente a intenção da Amazonas Energia em efetuar-la; em segundo lugar, porque o valor em questão a ser glosado permanecerá o mesmo, conforme explicações dos itens 9.8.1.3 e 9.8.1.4 desta instrução.

## **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 8.666/1993.

10.2. Foi apontado como responsável Moisés Antônio Benaion de Alencar por não contemplar a figura do preposto no projeto básico.

10.3. Segue a análise das razões de justificativa.

### 10.4. Moisés Antônio Benaion de Alencar

10.4.1. Apresentou razões de justificativa (peça 73), alegando, em síntese, que:

10.4.1.1. O interesse da Administração era manter relação direta com o gerente da empresa contratada;

10.4.1.2. Baseado na experiência em contratos anteriores, onde foi incluída a figura do preposto e foi necessária a disponibilização de sala, computador, etc., julgou-se desnecessária a presença de um preposto da contratada, pois o resultado final só oneraria a Amazonas Energia (o preposto nos contratos anteriores não fazia gestão dos demais colaboradores e utilizava recursos técnicos e administrativos da empresa);

10.4.1.3. Na prática, a função do preposto é exercida pelo gerente da contratada, o qual detém responsabilidade efetiva sobre seus funcionários, inclusive no que concerne ao estabelecimento de rotinas de trabalho e ordens diretas;

10.4.1.4. Em que pese a utilização de nomenclatura diversa, não houve supressão da atividade preposto, atendendo ao item 1.3 do edital.

### 10.5. Análise

10.5.1. As razões de justificativa devem ser rejeitadas tendo em vista que:

10.5.1.1. Não há qualquer discricionariedade no art. 68 da Lei 8.666/1993 quanto à avaliação de conveniência ou não do preposto;

10.5.1.2. Se o gerente da contratada exerce, de fato, as atribuições de preposto, nada impediria a Amazonas Energia de prever tal situação no projeto básico e, além disso, exigir a sua nomeação como tal pela empresa contratada;

10.5.1.3. Além disso, não há qualquer evidência nos autos de que o gerente da contratada exerça as atividades de preposto. Pelo contrário, a Comunicação Interna 172/2010 (peça 3), oriunda da Amazonas Energia, expede regras diretamente aos funcionários da contratada, os quais assinam a ciência do documento individualmente. Tratando-se de alegação do responsável, cabia a ele prová-la, desincumbindo-se do ônus da prova. No entanto, assim não o fez.

10.5.2. Assim, deve ser aplicada multa ao responsável pelo descumprimento de norma legal. A evidência tem suporte probatório na resposta ao questionamento 7 dos licitantes (p. 181 da peça 1).

## **11. Ausência de fiscal e ausência de formalização da verificação dos relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada**

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, houve violação do art. 67 da Lei 8.666/1993.

11.2. Também foi identificada a inexistência de controles formais próprios da Amazonas Energia na verificação das horas trabalhadas pelos funcionários terceirizados, conforme exige o item 1.4 do Projeto Básico (p. 10 da peça 1). Questionado, o auditado confirmou a falta de relatório próprio de acompanhamento, sendo realizado somente o aceite das informações apresentadas pelo contratado.

11.2. Foi apontada como responsável pelas irregularidades a Sra. Maria de Fátima Machado e Silva, gestora do contrato designada pela Cláusula Vigésima Quinta do Contrato 34932/2009.

11.3. Segue a análise das razões de justificativa.

### 11.4. Maria de Fátima Machado e Silva

11.4.1. Apresentou razões de justificativa (peça 71), alegando, em síntese, que:

11.4.1.1. Ocupa o cargo de assistente administrativa no DGT, exercendo as funções de Secretária do Gerente do Departamento e, considerando a deficiência numérica do quadro próprio de colaboradores, seu nome foi indicado pelo Gerente para ser a gestora de quase todos os contratos do Departamento, tão somente para cumprir uma formalidade legal.

11.4.1.2. Em todas as ocasiões informou ao superior hierárquico que não possuía conhecimento técnico, que nunca havia feito qualquer treinamento sobre gestão de contratos e que nunca havia desenvolvido qualquer atividade relacionada a contratos;

11.4.1.3. Foi cientificada de que o nome foi indicado, mas que não iria desempenhar suas funções, que são próprias da gerência de departamento e seus líderes;

11.4.1.4. Nenhum ato foi praticado por ela em qualquer desses contratos sob sua gestão formal.

### 11.5. Análise

11.5.1. As alegações da responsável corroboram a falta de controles e o modo indevido como é feita a gestão contratual no âmbito de TI na Amazonas Energia.

11.5.2. Confessa a responsável que sabia encargo que lhe havia sido atribuído pela Cláusula Vigésima Quinta do Contrato 34932/2009. Não há prova nos autos das alegações de que foi informada que não precisava executar nenhum ato na gestão do contrato.

11.5.3. Dessa forma, as alegações de defesa merecem ser rejeitas, aplicando-se multa à responsável, pela violação ao art. 67 da Lei 8.666/1993 e ao item 1.4 do Projeto Básico (p. 10 da peça 1).

## 12. Fixação de preços mínimos

12.1. 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*”.

12.2. De igual modo, no Adendo 01 (CE – ALC/A 345/2009), constante da p. 160 da peça 1, 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.

12.3. Verificou-se, portanto, que houve a fixação de salários a serem pagos aos funcionários da prestadora de serviços. 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.

12.4. Foi apontado como responsável Moisés Antonio Benaion de Alencar, que elaborou o projeto básico.

### 12.5. Moisés Antônio Benaion de Alencar

12.5.1. Apresentou razões de justificativa (peça 73), alegando, em síntese, que:

12.5.1.1. A estipulação de um piso salarial nas contratações de mão de obra de TI é imperiosa, pois a execução dos serviços de manutenção, desenvolvimento e consultoria nessa área é altamente técnica e especializada, não podendo existir a rotatividade, sob pena de prejuízo significativo à manutenção e desenvolvimento de sistemas de TI (existentes ou em fase de implementação);

12.5.1.2. Para não haver uma descontinuidade na prestação de serviços terceirizados em razão da ocorrência de *turnover* (rotatividade) dos profissionais contratados, é pertinente a permissão de se estipular em edital um piso salarial para mão de obra;

12.5.1.3. O TCU já decidiu, no Acórdão 256/2005 – Plenário, que a vedação do art. 40, X, da Lei 8.666/1993 não se aplica no caso de salários;

12.5.1.4. A especificação prévia em licitação de uma referência para os salários a serem pagos aos empregados diminui o grau de incerteza das empresas na composição de seus custos, na segurança da disponibilidade de mão de obra qualificada e de uma menor possibilidade de ocorrência de *turnover*, o que pode funcionar como um atrativo ao comparecimento de mais interessados ao certame, bem como resulta em um melhor atendimento ao interesse público;

12.5.1.5. Impossibilitar a fixação de mínimos salariais em editais de licitação para categorias profissionais que não possuem salários normativos decorrentes de acordos ou convenções coletivas de trabalho seria uma injustiça (tratamento desigual de categorias profissionais);

12.5.1.6. Permitir que os licitantes estabeleçam preços livremente resultaria em ofertas de preços abaixo dos praticados pelo mercado;

12.5.1.7. Exigir salários superiores ou inferiores aos já praticados no âmbito da empresa poderia dar azo a pleitos trabalhistas (equiparação salarial).

### 12.6. Análise

12.6.1. As razões de justificativa se alicerçam basicamente no Acórdão 256/2005 – Plenário. Todavia, vale ressaltar que há diferenças entre o caso daquele acórdão e o presente.

12.6.2. Trata-se de acórdão em que, excepcionalmente, o Relator, Min. Marcos Vilaça, entendeu pela inaplicabilidade do art. 40, X, da Lei 8.666/1993. Todavia, a decisão decorreu de uma condição fática:

18. É importante ressaltar, todavia, que a garantia de condições mínimas aos terceirizados, através do estabelecimento de um patamar mínimo para os salários, tem que ser realizado de forma clara, objetiva e fundamentada, devendo, ainda, restar adequadamente documentado no

processo. Não pode servir, de qualquer maneira, como desculpa para o pagamento de quantias não razoáveis, nem de valores que desviem da média praticada pelo mercado e pela Administração Pública.

19. Conforme anotado pela unidade técnica todos esses cuidados foram tomados pelo Ministério das Cidades, não ficando evidenciada afronta ao princípio da economicidade. Assim, só posso concluir pela inexistência de irregularidades no Pregão nº 18/2004.

20. Observo, por último, que não está se propondo a desconsideração da vedação ao estabelecimento de preço mínimo imposta pelo art. 40 da Lei 8.666/93 que, aliás, constitui notável avanço em relação ao regime do antigo Decreto nº 2.300/86. Trata-se, aqui, de uma situação específica, em que o estabelecimento de piso salarial visa preservar a dignidade do trabalho, criar condições propícias à eficiente realização do serviço e não implica benefícios diretos à empresa contratada (mas sim aos trabalhadores), nem cria obstáculos à competição ou tem a capacidade de determinar o preço final da contratação. (grifos ausentes no original) (excerto do voto do Min. Relator no Acórdão 256/2005 – Plenário)

12.6.3. A fixação de patamar mínimo salarial deve ser devidamente fundamentada e embasada, com a respectiva documentação fazendo parte do processo. No caso do acórdão em comento,

os valores salariais mínimos estabelecidos no edital foram fundamentados em valores de outros contratos, tanto do Ministério das Cidades como de outros órgãos do Governo, apresentando documentos comprobatórios, inclusive de que essa pesquisa foi formal dentro do processo licitatório. (excerto do Relatório no Acórdão 256/2005 – Plenário).

12.6.4. Portanto, a situação do acórdão difere substancialmente do caso presente. Não há indícios nos autos de qualquer pesquisa ou justificativa que embase a fixação salarial mínima proposta.

12.6.5. Cumpre destacar, ainda, que a jurisprudência dominante do TCU caminha noutro sentido. Além do Acórdão 264/2006 – Plenário, mencionado na Representação (peça 21), pode-se mencionar o Acórdão 3570/2009 – 2ª Câmara:

1.5 Determinações à Eletronorte:

(...)

1.5.12. abster-se, quando da realização de procedimentos licitatórios com vistas à contratação de mão-de-obra terceirizada, de fixar valores mínimos de remuneração, tendo em vista a vedação contida no art. 40, inciso X da Lei 8.666/93, bem como no art. 20, inciso II da IN/MPOG nº 02/2008, que veda a fixação dos salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada, nos instrumentos convocatórios (item 4.1.3.1 do Relatório nº 208115).

12.6.6. Assim sendo, verifica-se que o responsável não documentou nem justificou a fixação do patamar mínimo dos salários, o que poderia respaldar eventual afastamento da incidência do art. 40, X, da Lei 8.666/1993, de sorte que fica caracterizada a infração à norma legal, com a consequente rejeição das razões de justificativa nesta parte bem como aplicação de multa.

### **13. Não punição de licitantes que deixaram de apresentar proposta**

13.1. 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, CNP: 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.

13.2. 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.

13.3. Foram apontados como 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 da peça 1).

13.4. Segue a análise das razões de justificativa.

13.5. Valdeni Batista Milhomens

13.5.1. Apresentou razões de justificativa (peça 68), alegando, em síntese, que:

13.5.1.1. As empresas Owlas System Software Informática Ltda. e Maria Socorro da Silva – ME enviaram propostas comerciais. A primeira foi desclassificada por ter apresentado fora do prazo de uma hora previsto no edital. A segunda, pelo fato da documentação apresentada não ser condizente com o exigido nas disposições editalícias;

13.5.1.2. Com relação às demais empresas, de fato, a desclassificação se deu pelo fato de não apresentação da proposta;

13.5.1.3. Foi utilizado o princípio da razoabilidade para não aplicar as penalidades, excluindo-se o excesso de rigorismo para dar bom andamento ao certame, uma vez que não ficou clara a má-fé das empresas e nem houve prejuízo para a Administração;

13.5.1.4. Nas próximas licitações serão aplicadas as medidas cabíveis para as empresas que tentarem obstar o processo licitatório, com contraditório e ampla defesa.

13.6. Cleane Vidal Teixeira

13.6.1. Apresentou razões de justificativa (peça 69) com argumentos rigorosamente iguais ao do responsável Valdeni Batista Milhomens.

13.7. Análise

13.7.1. O art. 7º da Lei 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 Sicafe, 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.

13.7.2. Dessa forma, fica clara a necessidade de aplicação de penalidade às empresas TSI Tecnologia e Segurança de Informática Ltda - ME, CNPJ: 08.008.347/0001-92, EMK Informática Ltda ME, CNPJ: 01.240.550/0001-40 e Data Graphics Tecnologia e Informação Ltda, CNPJ: 00.658.293/0001-07. Nesse sentido tem decidido o TCU, conforme Acórdão 265/2010 – Plenário.

13.7.3. Contudo, verifica-se que, no caso em questão, não se pode concluir que tenha havido má-fé por parte dos gestores e nem tampouco há indícios de qualquer conluio entre as empresas mencionadas e a empresa vencedora.

13.7.4. Assim, cabe acatar as razões de justificativa dos responsáveis nesta parte, alertando, contudo, a entidade, para que a falha não venha a se repetir em processos futuros.

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

14.1. Consta das p. 55-56 do processo de contratação o parecer jurídico que aprova a minuta do edital de licitação. Contudo, a 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.

14.2. Foi apontado como responsável o parecerista Thiago Flores dos Santos (OAB/AM 5.004).

14.3. Segue a análise das razões de justificativa.

#### 14.4. Thiago Flores dos Santos

14.4.1. Apresentou razões de justificativa (peça 58), alegando, em síntese, que:

14.4.1.1. O Departamento de Licitações e Contratos da Amazonas Energia, ao elaborar a Minuta do Edital de Licitação, submete essa minuta e os demais documentos, inclusive a minuta do contrato, à apreciação da Assessoria Jurídica;

14.4.1.2. A Assessoria Jurídica, após a análise da documentação e se esta estiver correta, exara o parecer jurídico dando regularidade aos atos praticados até então e chancela a minuta do edital e do contrato. Caso contrário, a documentação é devolvida ao Departamento de Licitações e Contratos (DGC) para correções;

14.4.1.3. O parágrafo único da Lei 8.666/1993 não traz exigência legal de que seja juntada aos autos do processo administrativo a minuta do edital da licitação aprovada pela Assessoria Jurídica;

14.4.1.4. O fato de as minutas do edital e do contrato não constarem dos autos não é suficiente para comprovar que as mesmas não sofreram a análise devida.

14.4.1.5. O DGC da Amazonas Energia é certificado pela norma ISO 9001-2000 desde 2007, sendo recomendado para a recertificação pela Norma ISO 9001-2008, de forma que jamais iria incorrer no erro de solicitar um parecer jurídico *pro forma* sem que os documentos de suporte estivessem disponíveis para análise;

14.4.1.6. Está exercendo, desde o ano de 2009, a função de Gerente de Assessoria Jurídica da Companhia Energética do Piauí, participando ativamente de um processo de reestruturação das empresas de distribuição da Eletrobrás, tendo sempre pautado suas ações pela legalidade e respeito ao interesse público.

14.4.2. Apresentou os mesmos argumentos que os responsáveis Moisés Antonio Benaion de Alencar e Luis Hiroshi Sakamoto a respeito da terceirização de mão de obra.

#### 14.5. Análise

14.5.1. Com efeito, dentre os documentos listados nos incisos do art. 38 da Lei 8.666/1993, não consta a minuta do edital, mas apenas a minuta do contrato, que é anexo do edital.

14.5.2. Assim, diante da inexistência de exigência legal de obrigação de fazer constar dos autos a minuta do edital, deve-se acatar as razões de justificativa do responsável, uma vez que não se pode comprovar, efetivamente, que o parecer tenha sido lançado nos autos sem conhecimento dos termos que viriam a compor a peça editalícia.

15. Os responsáveis Andre Luiz Pereira do Couto (peça 72), Moisés Antonio Benaion de Alencar (peça 73), e Luis Hiroshi Sakamoto (peça 75) apresentaram considerações finais idênticas nas suas razões de justificativa, argumentando que os atos impugnados não apresentaram dano ao erário e nem beneficiamento ilícito, razão pela qual, conforme jurisprudência do TCU, devem ser feitas apenas determinações corretivas (caminho pedagógico) à entidade.

15.1. Ocorre que, no caso, presente, foi verificado o dano ao erário. Além disso, vislumbra-se casos de violação à norma legal que merecem punição com multa. Em todos os casos, nota-se que os responsáveis agiram de forma pelo menos culposa, tendo em vista que poderiam ter tomado medidas que fossem ao encontro do dever objetivo de cuidado.

16. Dessa forma, submetem-se os autos à consideração superior, propondo, no mérito:

16.1. Julgar parcialmente procedente a presente Representação;

16.2. Acolher integralmente as razões de justificativa de Thiago Flores dos Santos e parcialmente as razões de justificativa de Valdeni Batista Milhomens, Cleane Vidal Teixeira e Moisés Antônio Benaion de Alencar, bem como a oitiva da empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda;

16.3. Rejeitar as razões de justificativa de Luis Hiroshi Sakamoto, Andre Luiz Pereira do Couto e Maria de Fátima Machado e Silva;

16.4. Aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 aos responsáveis abaixo listados em razão das ocorrências respectivas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da quantia aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, III, "a", da citada Lei c/c o art. 214, III, "a", do Regimento Interno do TCU:

16.4.1. Responsável: Luis Hiroshi Sakamoto (CPF: 098.737.591-15)

16.4.1.1. 1ª Ocorrência (item 5): Celebração do Contrato 34932/2009 com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda no modelo de interposição de mão de obra, vedado pelo Enunciado 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;

16.4.1.2. 2ª Ocorrência (item 6): Contratação de serviços técnica e economicamente divisíveis no Contrato 34932/2009, quais sejam: serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas; suporte técnico em ambiente cliente/servidor; e suporte técnico a redes;

16.4.1.3. 3ª Ocorrência (item 7): Celebração do Contrato 34932/2009 sem vincular os pagamentos efetuados à empresa contratada a 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);

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

16.4.2.1. 1ª Ocorrência (item 5): Elaboração do Projeto Básico que levou à celebração do Contrato 34932/2009 com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda no modelo de interposição de mão de obra, vedado pelo Enunciado 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;

16.4.2.2. 2ª Ocorrência (item 6): Elaboração do Projeto Básico que levou à contratação de serviços técnica e economicamente divisíveis no Contrato 34932/2009, quais sejam: serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas; suporte técnico em ambiente cliente/servidor; e suporte técnico a redes;

16.4.2.3. 3ª Ocorrência (item 7): Elaboração do Projeto Básico que levou à celebração do Contrato 34932/2009 sem vincular os pagamentos efetuados à empresa contratada a 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);

16.4.2.4. 4ª Ocorrência (item 10): Elaboração do Projeto Básico sem prever a presença de um preposto da empresa contratada;

16.4.2.5. 5ª Ocorrência (item 12): Elaboração do Projeto Básico que levou à celebração do Contrato 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 8.666/1993, em seu art. 40, X;

16.4.3. Responsável: Valdeni Batista Milhomens (CPF: 225.718.681-87)

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

16.4.4. Responsável: Cleane Vidal Teixeira (CPF: 742.736.202-00)

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

16.4.5. Responsável: Andre Luiz Pereira do Couto (CPF: 577.910.232-53)

16.4.5.1. Ocorrência (item 9): Aceite das Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas 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;

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

16.4.6.1 1ª Ocorrência (item 11): Não designação do fiscal do Contrato 34932/2009, sendo a gestora do contrato designada pela Cláusula Vigésima Quinta do referido ajuste;

16.4.6.2 2ª Ocorrência (item 11): Ausência de formalização da verificação dos relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada no Contrato 34932/2009 (acompanhamento do contrato), em descumprimento ao item 1.4 do Projeto Básico;

16.5. Alertar a Amazonas Distribuidora de Energia S/A quanto à seguinte irregularidade:

16.5.1. Não punição das empresas TSI Tecnologia e Segurança de Informática Ltda - ME, CNPJ: 08.008.347/0001-92, EMK Informática Ltda ME, CNPJ: 01.240.550/0001-40 e Data Graphics Tecnologia e Informação Ltda, CNPJ: 00.658.293/0001-07, que, embora tenham apresentado lances, quando convocadas para apresentação da documentação, quedaram-se inertes (afrenta ao art. 7º da Lei 10.520/2002 – item 13);

16.6. Determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S/A que proceda à glosa do valor de R\$ 47.561,68 no Contrato 34932/2009, celebrado com a empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda. (CNPJ: 00.984.730/0001-74), em decorrência do pagamento irregular de horas-extras não trabalhadas nos meses de março, abril, maio e julho de 2010 como forma de cobrir gastos da contratada com aviso prévio indenizado não previstos no contrato (item 9);

16.7. Arquivar o presente processo.

SECEX-AM, em 12 de abril de 2011.

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