

VOTO

Esta representação da Secex-AM teve por objetivo aprofundar o exame das seguintes irregularidades, detectadas durante auditoria realizada, no âmbito do TMS 6/2010 – Gestão e Uso de Tecnologia da Informação, no contrato 34.932/2009, firmado pela Amazonas Energia para execução de análises de sistemas, mediante atividades de desenvolvimento e manutenção de sistemas suporte técnico em ambiente cliente-servidor e suporte técnico a redes:

- a) contratação por interposição de mão de obra;
- b) ausência de divisão do objeto, apesar da viabilidade técnica e econômica;
- c) pagamento não vinculado a resultados;
- d) critérios de habilitação inadequados;
- e) pagamento de horas-extras não trabalhadas;
- f) ausência de preposto;
- g) ausência de fiscal;
- h) ausência de formalização da verificação de relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada;
- i) fixação de pisos salariais sem justificativa fundamentada;
- j) não punição de participantes de pregão que apresentaram lances e deixaram de apresentar documentação quando convocados;
- k) parecer jurídico lançado sem presença de minutas de edital e de contrato.

2. Foi promovida, assim, a audiência prévia dos responsáveis envolvidos, bem como a oitiva da empresa contratada.

3. As justificativas e esclarecimentos prestados foram analisados pela Secex-AM, que, em resumo, propôs a esta Corte:

- a) considerar parcialmente procedente esta representação;
- b) acolher integralmente as justificativas de Thiago Flores dos Santos e parcialmente as de Valdeni Batista Milhomens, Cleane Vidal Teixeira e Moisés Antônio Benaion de Alencar, bem como os esclarecimentos da empresa Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda.;
- c) rejeitar as justificativas de Luís Hiroshi Sakamoto, André Luiz Pereira do Couto e Maria de Fátima Machado e Silva;
- d) a multa do inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992 a Luís Hiroshi Sakamoto, André Luiz Pereira do Couto, Maria de Fátima Machado e Silva, Valdeni Batista Milhomens, Cleane Vidal Teixeira e Moisés Antônio Benaion de Alencar;
- e) alertar a Amazonas Energia acerca da ausência de punição às empresas que apresentaram lances no pregão, mas deixaram de apresentar documentação quando convocadas;
- f) determinar à Amazonas Energia a glosa do valor irregularmente pago à Rudary Prestadora de Serviços do Amazonas Ltda. em razão de horas-extras não trabalhadas;
- g) arquivar os autos.

4. Estou integralmente de acordo com as análises e conclusões da unidade técnica, transcritas no item 4 do relatório que antecedeu este voto, e as incluo entre os fundamentos da deliberação.

5. No tocante à contratação por interposição de mão de obra, Moisés Antônio Benaion de Alencar, gerente da área técnica que elaborou o projeto básico e Luís Hiroshi Sakamoto, diretor de gestão que propôs a contratação e celebrou o respectivo contrato, alegaram, em síntese, que:

- a) a terceirização efetuada observou a legislação pertinente e era compatível com os interesses e com o planejamento da Amazonas Energia;
- b) o contrato continha cláusula que condicionavam a realização de pagamentos à comprovação do recolhimento dos encargos devidos, de forma a evitar responsabilidade solidária;
- c) os postos e serviços contratados não existem no quadro da Amazonas Energia e são imprescindíveis.

6. Tais argumentos não merecem acolhimento, já que:

a) a natureza dos serviços licitados era compatível com a utilização do modelo de contratação de execução indireta de serviços baseado em prestação e remuneração de serviços mensurados por resultados, mais seguro e vantajoso para a administração;

b) ficou comprovada a existência de pessoalidade e de subordinação direta dos contratados, bem como de outros elementos caracterizadores da interposição de mão de obra, como a ausência de preposto, a expedição de regras diretamente a funcionários da contratada e a remuneração desta última pela mera disponibilidade de funcionários à contratante, o que caracteriza infração ao enunciado 331 do Tribunal Superior Trabalho.

7. Com respeito à ausência de divisão do objeto, apesar da viabilidade técnica e econômica, Moisés Antônio Benaion de Alencar e Luís Hiroshi Sakamoto alegaram que:

a) dado o cenário do mercado amazonense e a interligação dos serviços contratados, análise técnica dos setores competentes concluiu que o fracionamento acarretaria aumento de custos, especialmente de gerenciamento de diversos contratos, afastaria a economicidade desejada e não afastaria o risco de ser contratada uma mesma empresa, a um custo mais elevado, para prestar todos os serviços;

b) os serviços almejados, apesar de sua finalidade distinta, integram um mesmo sistema operacional interligado e exigem gerenciamento e coordenação simultâneos;

c) não houve prejuízos ao erário.

8. Novamente, são improcedentes as alegações, pois:

a) o TCU já decidiu (decisão 811/2002 e acórdão 1.558/2003 – Plenário) que os serviços em questão (desenvolvimento e manutenção de sistemas; suporte técnico em ambiente cliente-servidor e suporte técnico a redes) são, em princípio, divisíveis;

b) não ficou demonstrada, no processo de contratação, a avaliação da inviabilidade de divisão, além de os responsáveis não terem apresentado os alegados estudos realizados pelos setores competentes;

c) a possível inexistência de prejuízos não descaracteriza o descumprimento da legislação pertinente.

9. Com respeito ao pagamento não vinculado a resultados, uma vez que a vinculação é unicamente à alocação de mão de obra, sem aferição de produtos entregues ou nível mínimo de serviços, Moisés Antônio Benaion de Alencar e Luís Hiroshi Sakamoto afirmaram que:

a) os pagamentos efetuados resultam da aplicação do valor unitário do homem/hora ao total de horas mensais trabalhadas pelo profissional, modelo considerado mais adequado pelas áreas técnica e de licitações da Amazonas Energia;

b) as atividades contratuais são fiscalizadas por servidores do setor competente;

c) as irregularidades detectadas na auditoria decorreram da inexperiência dos servidores há pouco mencionados, que não dispunham de conhecimentos técnicos adequados para o tipo de contratação realida.

10. Mais uma vez, as justificativas são improcedentes, posto que:

a) o projeto básico (peça 1) e os processos de pagamento (peças 6/17) demonstram que o pagamento é feito pela disponibilidade de mão de obra, prática em desacordo com a jurisprudência do TCU (acórdãos 1.915/2009 e 786/2006 do Plenário);

b) a inexperiência do corpo técnico na modalidade de contratação adotada não justifica a opção por um modelo inadequado e rejeitado pela jurisprudência.

11. A respeito da inadequação dos critérios de habilitação, Valdeni Batista Milhomens, gerente do Departamento de Licitações e Contratos, e Cleane Vidal Teixeira, pregoeira, que elaboraram o edital, sustentaram que a exigência de registro no Conselho Regional de Administração – CRA decorreu da vinculação das atividades em questão aquele ente fiscalizador e da necessidade de assegurar a idoneidade e a qualificação do fornecedor contratado.

12. Tal argumentação deve ser rejeitada, pois não existe entidade profissional de fiscalização de serviços de tecnologia da informação e, conseqüentemente, a exigência é descabida, consoante entendimento do TCU (acórdão 116/2006 e decisão 811/2002 do Plenário) e do Superior Tribunal de

Justiça – STJ (RESP. 488.441/RS).

13. Com relação ao pagamento de horas-extras não trabalhadas, vale destacar o seguinte trecho da instrução da Secex-AM, a fim de melhor delinear a irregularidade:

“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.” (peça 80).

14. Assim, foram ouvidos Moisés Antônio Benaion de Alencar e André Luiz Pereira do Couto, incumbidos dos aceites nas notas fiscais, e, ante a possibilidade de glosa dos valores indevidos em futuros pagamentos, a empresa contratada.

15. Alegaram os responsáveis, em síntese, que:

a) todo o controle de horas trabalhadas e de horas-extras efetuadas era feito com base em comparações e conferência de cartões de ponto e de controle interno de frequência;

b) constatado o equívoco, a empresa foi notificada da futura realização de glosa e foram melhorados os procedimentos de gestão e controle de contratos.

16. A empresa, por sua vez, afirmou que:

a) nunca ocorreu pagamento de horas-extras indevidas;

b) os valores pagos a maior em setembro de 2009 decorrem de resíduo relativo a agosto de 2009; o valor efetivamente indevido, correspondente a apenas R\$ 6,19, será devolvido à contratante;

c) de fato, houve pagamentos indevidos relativos a três funcionários nos meses de março e maio de 2010;

d) os pagamentos relativos a sete outros funcionários nos meses de março, abril, maio e julho de 2010, a título de horas-extras, referiam-se a pagamento de aviso prévio indenizado solicitado pela Amazonas Energia, eis que inexistia rubrica contratual para custear tal modalidade de despesas, embora haja para cobrir aviso prévio trabalhado;

e) a Amazonas Energia efetuou glosa do valor de R\$ 47.561,68.

17. A responsabilidade de Moisés Antônio Benaion de Alencar pela irregularidade em questão pode ser afastada, já que ficou comprovado que único pagamento por ele autorizado referia-se a setembro de 2009, quando não houve dano ao erário.

18. A responsabilidade de André Luiz Pereira do Couto, entretanto, deve ser mantida, com aplicação de multa ao responsável pela violação das normas pertinentes à liquidação da despesa (art. 62 e 63 da Lei 4.320/1964), uma vez que, apesar das medidas corretivas posteriormente adotadas, ficou confirmado o pagamento dissimulado, em outra rubrica, de despesa sem previsão contratual (cobrança de aviso prévio indenizado).

19. Quanto aos esclarecimentos prestados pela contratada, verifica-se que, por se tratar de terceirização, não caberia à contratante arcar com despesas decorrentes da dispensa de funcionários da prestadora de serviços, o que torna adequada a glosa anunciada pela Amazonas Energia.

20. A respeito da ausência de preposto, foi ouvido Moisés Antônio Benaion de Alencar, responsável pela elaboração do projeto básico que não previa tal figura, que argumentou que:

a) o interesse da administração era relacionar-se diretamente com o gerente da empresa contratada;

b) a experiência de contratos anteriores mostrou que a figura do preposto era desnecessária e onerava a contratante;

c) não houve supressão do preposto, já que atividade era exercida, na prática, pelo gerente da contratada, que possui responsabilidade efetiva sobre seus funcionários, estabelece rotinas de trabalho e dá ordens diretamente.

21. Tais justificativas não podem ser aceitas, visto que:

a) o art. 68 da Lei 8.666/1993 não confere discricionariedade para avaliação da conveniência ou não do preposto;

b) não há nos autos evidência de que o gerente da contratada desempenhe atividades de preposto; com a ressalva de que a Amazonas Energia tem expedido ordens diretamente aos funcionários terceirizados;

b) não haveria óbice a que a Amazonas Energia previsse, no projeto básico, o desempenho da função de preposto pelo gerente da contratada.

22. Quanto à ausência de designação fiscal e de formalização da verificação de relatórios de horas trabalhadas emitidos pela contratada, Maria de Fátima Machado e Silva, gestora do contrato, alegou que:

a) apesar de ser apenas assistente administrativa que exerce a função de secretária do gerente, foi por estes designada gestora de todos os contratos do departamento, a fim de cumprir formalidade legal;

b) em todas as oportunidades, informou a seu superior que não possuía nem qualificação técnica, nem experiência anterior, para exercer a função de gestora de contrato;

c) apesar de sua indicação, não desempenhou atividades de gestora, próprias da gerência do departamento, e não praticou qualquer ato concernente aos contratos formalmente sob sua gestão.

23. Como se vê, as alegações da responsável apenas confirmam a inadequada gestão de contratos de TI na Amazonas Energia e reconhecem o descumprimento das obrigações que lhe foram atribuídas pela cláusula 25^a do contrato em questão. Assim, como não há nos autos qualquer elemento que confirme a informação de que foi alertada que não precisava formalmente exercer atividades típicas de gestora de contrato, as justificativas apresentadas devem ser rejeitadas.

24. Quanto à fixação de pisos salariais a serem pagos aos funcionários da prestadora de serviços, Moisés Antônio Benaion de Alencar, responsável pela elaboração do projeto básico, afirmou que:

a) o requisito decorreu da especialização ínsita aos serviços de TI contratados e da necessidade de reduzir a rotatividade da mão de obra, além de servir de estímulo à afluência de interessados ao certame;

b) a não fixação de mínimos salariais para categorias profissionais sem salário normativo definido em acordos ou convenções coletivas de trabalho seria injusta e estabeleceria tratamento desigual entre as diversas categorias;

c) a fixação de salários superiores ou inferiores aos já praticados na Amazonas Energia abriria a possibilidade de ajuizamento de ações trabalhistas voltadas à equiparação salarial.

25. Embora seja possível a fixação de valores mínimos, consoante reconheceu o acórdão 256/2005 – Plenário, desde que o procedimento seja “realizado de forma clara, objetiva e fundamentada, devendo, ainda, restar adequadamente documentado no processo”, as justificativas do responsável devem ser rejeitadas, posto que não há nos autos qualquer indício de pesquisa ou justificativa que fundamente os pisos fixados, o que afasta a possibilidade de eventual afastamento da restrição contida no inciso X do art. 40 da Lei 8.666/1993.

26. Com relação à falta de punição de participantes do pregão que apresentaram lances e deixaram de apresentar documentação quando convocados, Cleane Vidal Teixeira, pregoeira, e Valdeni Batista Milhomens, gerente do Departamento de Licitações e Contratos, sustentaram que deixaram de aplicar penalidades porque não ficou clara a má-fé das empresas e nem houve prejuízo à administração.

27. Tal como a Secex-AM, entendo que, embora o art. 7º da Lei 10.520/2002 preveja a punição dos licitantes omissos, tais justificativas podem ser acatadas, ante a ausência de indícios de má-fé dos gestores, de conluio entre licitantes e de prejuízo à condução do certame. Cabe, entretanto, alertar a Amazonas Energia para evitar a falha em futuros pregões.

28. Com respeito ao parecer jurídico lançado sem presença de minutas de edital e de contrato, o parecerista Thiago Flores dos Santos (OAB/AM 5.004) afirmou que:

a) o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 não exige a juntada das minutas do edital e do contrato aprovadas pela área jurídica aos autos do processo administrativo;

b) o fato de as minutas não constarem dos autos não comprova que não receberam a devida

análise jurídica;

c) como o Departamento de Licitações e Contratos da Amazonas Energia possui certificação ISO 9001-2000, não cometeria o erro de solicitar parecer jurídico sem colocar todos os documentos à disposição do parecerista.

29. Novamente endosso o posicionamento da Secex-AM favorável à acolhida de tais argumentos, eis que os incisos e o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, de fato, não exigem a juntada aos autos do processo das minutas de edital e de contrato, mas apenas das versões definitivas aprovadas, o que impede que se conclua que a falha apontada realmente ocorreu.

30. Finalmente, lembro que Luís Hiroshi Sakamoto, André Luiz Pereira do Couto e Moisés Antônio Benaion de Alencar alegaram que, diante da ausência de danos ao erário, deveriam ser formuladas apenas determinações corretivas, sem aplicação de penalidades.

31. Contudo, além das diversas infrações legais acima descritas, o dano ocorreu, conforme se vê nos itens 13/19 deste voto, o que acarretou, inclusive, providências da Amazonas para obter ressarcimento de valores indevidamente pagos a título de horas-extras.

32. Com essas observações, acolho os pareceres da Secex-AM e voto pela adoção da minuta de acórdão que trago ao escrutínio deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de junho de 2011.

AROLDO CEDRAZ
Relator