

Penalidades impostas pelo TCE: problemas enfrentados pelos gestores públicos na realização de licitações

Elaborado por Monique Simões

(2015)

Contém nota pedagógica

Introdução

O estudo de caso que se segue retrata uma situação de penalidade imposta pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro a alguns servidores da Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado. A penalidade foi baseada nas legislações federal e estadual que tratam das diferentes modalidades de licitação e disciplinam as situações em que cada uma deva ser utilizada.

A Secretaria em foco realizou um pregão e, oito anos depois, recebeu um pedido de esclarecimentos do Tribunal de Contas do Estado em virtude da modalidade pela qual optara por utilizar.

Com a instauração do processo, os servidores envolvidos na licitação ficaram em uma posição delicada e complexa, e foram sujeitos a punição após esgotados os procedimentos recursais.

Este estudo de caso tem o objetivo de relatar aos gestores e servidores públicos que atuam em compras públicas o risco de serem penalizados pelo Tribunal de Contas por divergência de entendimentos acerca dos critérios a serem adotados em determinadas circunstâncias.

Da decisão pelo pregão

Em setembro de 2005, ocorreu o Pregão Presencial nº 026 na Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro. Seu objeto era a contratação de serviços para instalação de infraestrutura elétrica, lógica e de telecomunicações, com adequações ambientais e instalações para os centros de internet comunitários. O pregão presencial foi homologado e, no dia 11 de outubro do mesmo ano, sagrou-se vencedora a Empresa X, com um valor total de R\$ 1.798.200,00 (um milhão, setecentos e noventa e oito mil e duzentos reais).

A necessidade da execução desse serviço surgiu por meio de uma ordem do governador da cidade em atender seu programa de governo para criar centros de internet comunitários, para comunidades carentes da cidade do Rio de Janeiro. A decisão de efetuar a contratação mediante a realização de um pregão foi tomada por Alex. Alex era o pregoeiro da Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro. Um homem muito inteligente e falante, de personalidade marcante e forte. Ele possuía o poder de persuadir e fazer com que todos aceitassem suas ideias e decisões. Utilizava-se do seu conhecimento para identificar brechas na lei objetivando usá-las conforme sua vontade. Ele era conhecido pela “rádio corredor” como estrela, porque gostava de brilhar e ser o centro das atenções. Existiam boatos sobre seu caráter ser duvidoso em relação à conduta nas licitações, sugerindo seu envolvimento com fornecedores, porém as acusações contra ele não eram oficiais. Ele gostava de resolver tudo sozinho e levava os processos prontos para a Secretária Executiva, a chefe do órgão, autorizar.

A Secretária Executiva do órgão era Clara. Ela ocupava o cargo máximo da instituição por ser ligada à política. Não tinha conhecimento específico em licitação. Seu conhecimento era voltado à Administração e sua força era política. Confiava cegamente na capacidade de Alex de conduzir os processos licitatórios da Secretaria gerenciada por ela e o via como seu braço direito na secretaria, tendo sua total confiança.

Maria, por sua vez, era a ordenadora de despesas da Secretaria. Honesta, culta, experiente, tinha amplo conhecimento em orçamento e administração, porém tinha pouca experiência em licitações, e ainda sentia um grande receio em perder sua posição no órgão. Isso se dava porque ela não era concursada na Secretaria, havia sido mantida no cargo de confiança por razões políticas e com seu salário sustentava a mãe em estado terminal de câncer. Maria já exercera esta função há cerca de vinte anos, tendo atuado em várias outras secretarias além desta em que estava no momento. Embora ela fosse considerada por muitos uma “dama de ferro”, pois era firme e preocupada em cumprir a lei, seu rigorismo acabava emperrando os processos, o que muitas vezes poderia representar um excesso de burocracia.



É fato que, no caso da licitação da contratação de serviços para instalação de infraestrutura elétrica, lógica e de telecomunicações, com adequações ambientais e instalações para os centros de internet comunitários, Alex agiu sozinho. Como se tratava de uma promessa de campanha do atual prefeito, Alex achou melhor assumir o comando da licitação, pois o rigor de Maria poderia travar os processos na gestão das despesas, freando a condução do processo licitatório. Por isso, Alex realizou a licitação praticamente à revelia da Clara e da Maria que, não obstante tenham aprovado a decisão, não participaram da sua formulação.

Cabe destacar que, Clara e Maria possuíam conhecimentos na área administrativa, sendo pouco entendidas, porém, em licitação. Maria também não queria contrariar Alex, por ser o homem de confiança de Clara. Ela tinha medo de ser uma barreira nas decisões dele, em relação às licitações, e ser exonerada devido a sua influência. Ela não era concursada, possuía um cargo de confiança e não podia perder o emprego, porque sustentava sua mãe doente.

O edital da licitação e seus anexos foram enviados à Assessoria Jurídica do órgão para aprovação, conforme determina o parágrafo único do art. 38 da Lei Federal 8.666/1993. As peças editalícias foram aprovadas através do parecer da ASJUR e o processo foi devolvido ao setor de licitações para abertura do procedimento licitatório. É importante destacar que a Assessoria Jurídica não se pronunciou em relação à adoção da modalidade. Muito menos a Secretária e a ordenadora de despesa do órgão, Clara e Maria, respectivamente, não manifestaram qualquer parecer ou opinião ao longo do processo e não chamaram para si as responsabilidades que lhes cabiam no procedimento, deixando ao encargo de Alex a elaboração e condução do pregão. Em consequência, Alex e sua equipe analisaram e destacaram as legislações vigentes, procederam à realização da pesquisa de preços e conseguiram a autorização da ordenadora de despesas.

Em 11 de outubro de 2005, a licitação foi homologada e teve seu resultado publicado no Diário Oficial do Estado, divulgando a Empresa X como ganhadora do certame com o valor total de R\$ 1.798.200,00 (um milhão, setecentos e noventa e oito mil e duzentos reais).

Questionamento do TCE

Em 2013, portanto oito anos depois da conclusão da licitação, a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro recebeu um pedido de esclarecimentos do Tribunal de Contas do Estado sobre o Pregão Presencial nº 026/05. Quando o órgão recebeu o ofício do Tribunal solicitando esclarecimentos, automaticamente o

protocolo abriu um processo com o documento. Foi questionada a modalidade utilizada para realizar a licitação. Os relatores do TCE afirmaram a impossibilidade de se licitar aquele objeto na modalidade pregão, e adicionalmente, na forma presencial.

O Tribunal tomou como base a definição legal do pregão que determina seu uso exclusivo para bens e serviços comuns. Desta forma, o seu entendimento era de que o objeto da licitação, a criação de centros comunitários, não era um serviço comum. Por isso, da forma como é definido pela lei, o serviço deveria ter sido licitado pela modalidade tradicional de concorrência, que por sua vez seria a modalidade aplicável, tendo em vista o valor do serviço a ser contratado, conforme preceituado na Lei Federal 8.666/1993. Definitivamente, o Tribunal considerou o objeto complexo e incomum.

Com efeito, o Decreto nº 5.450/2005 preceitua que o pregão poderá ser utilizado para a contratação de serviços de engenharia, pois só exclui contratações de obras de engenharia, modificando o Decreto nº 3.555/2000, que estabelecia a vedação expressa da utilização da modalidade pregão para obras e serviços de engenharia. O art. 6º da Lei 8.666/1993 traz as definições:

“I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”.

O art. 5 do Decreto 3.555/2000 estabelecia: “A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração”.

Contudo, tal dispositivo legal foi superado com o art. 6º do Decreto 5.450/2005: “A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de **obras de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral”.

Considerando que a modalidade pregão foi criada para ser aplicada para as aquisições e contratações de bens de serviços comuns, pode-se

inferir que agora os serviços de engenharia podem ser contratados pela modalidade pregão, desde que sejam comuns.

Vale salientar que a Súmula 257/2010, do Tribunal de Contas da União, pacifica que, para a utilização da modalidade pregão, o serviço deverá estar devidamente caracterizado pelo gestor como serviço de engenharia que seja comum. Caso contrário poderá ensejar questionamentos por parte dos órgãos fiscalizadores.

O Tribunal de Contas da União, todavia, traduziu seu entendimento para a licitação realizada pela Secretaria de Tecnologia da Informação e da Comunicação do Rio de Janeiro através do seguinte acórdão:

“Impossibilidade do uso do pregão para serviços não caracterizados como comuns. Se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso ‘estudos e projetos’ podem ser caracterizados como ‘comuns’. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum¹.”

A Defesa

Alex preparou sua defesa, e também as de Clara e Maria, envolvidas no procedimento licitatório sendo citadas no ofício recebido pelo Tribunal de Contas do Estado. Ao serem chamados para exporem suas defesas, Alex arguiu que seu perfil era voltado para a inovação.

Ele afirmou que as implantações de Centros de Internet Comunitários possuem o objetivo de ofertar cursos de informática básica, nicho de pesquisa para os moradores das comunidades e aproveitamento de mão de obra local, motivo pelo qual decidiu aplicar a modalidade pregão na forma presencial. Ressaltou a importância da inclusão digital para inserir a população no mundo da tecnologia da informação, da globalização, gerando conhecimento e troca de informação, possibilitando a construção de uma cidadania criativa e empreendedora.

Alex reforçou que a obrigatoriedade de licitação pública possuía natureza constitucional, estabelecida pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1998, devendo ser observada pela administração pública como regra para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, concessões, permissões ou locações:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A implantação da nova modalidade de licitação denominada **pregão** foi inicialmente introduzida pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Somente em 17 de julho de 2002, foi promulgada pela Lei nº 10.520 como modalidade de licitação abrangendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A definição legal da modalidade pregão, conforme o artigo 1º da Lei nº 10.520/2002, determinou seu uso exclusivo para bens e serviços comuns. O parágrafo único, desse mesmo artigo, definiu como serviços comuns aqueles objetos cujos padrões de desempenho e qualidade pudessem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Alex, em sua defesa, trouxe a definição adotada pelos Ministros do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler e Augusto Nardes, constante nos relatórios dos Acórdãos nº 313/2004 – Plenário e nº 2.594/2005 – Primeira Câmara, respectivamente, que é a de Benedicto de Tolosa Filho:

“A licitação na modalidade de pregão destina-se à contratação de bens e serviços comuns, estes definidos como padrão e tendo característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.”

Os decretos federais e estaduais afastaram a possibilidade da utilização desta modalidade em obras de engenharia. O Decreto 3.555/00 trouxe o anexo II contendo relação de objetos comuns para serem licitados na modalidade pregão. Um ano depois, o anexo foi revogado e passou a ser considerado como objeto comum toda aquisição ou contratação que pudesse ser detalhada, inclusive serviços complexos, descritos no termo de referência, documento elaborado com todas as especificações técnicas do objeto.

Alex lembrou ao TCE que existiam as modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/1993 que eram utilizadas para licitar objetos não alcançados pelo pregão. Essas modalidades realizam licitações, por exemplo, para

obras e alienações, proibidas por meio do pregão. Além das licitações de obras, relacionadas a construções, a nova modalidade não realiza contratações de consultorias.

Finalmente, Alex destacou que o pregão pode ser realizado de forma presencial e eletrônica. Na forma presencial, existe a presença física dos licitantes, da equipe de apoio e do pregoeiro. O pregão presencial é aquele realizado em sessão pública para o oferecimento de propostas e lances preferencialmente na presença dos licitantes. Poderá ter a presença física dos licitantes ou encaminhamento dos envelopes via postal, sendo o valor cotado na proposta o definitivo para efeito de classificação. Na forma eletrônica, todo procedimento é feito através de recursos tecnológicos da informação, em sistemas específicos. Suas atividades competitivas se realizam a distância, mediante a manifestação de vontade dos interessados, transmitida por via eletrônica.

Alex, por fim, tentou argumentar que sua decisão na escolha da modalidade baseou-se na publicação no Diário Oficial do Decreto 5.450/05, no mês anterior ao da instauração do processo licitatório. Porém, o pregoeiro não conseguiu convencer o tribunal sobre o porquê de sua escolha pela forma presencial de pregão. O Tribunal afirmou que esta modalidade, na sua forma presencial, não era transparente como o eletrônico. O Tribunal insistiu que a principal diferença era a de não ser realizado online, através da internet, o que dificultava a participação ampla dos interessados de todas as partes do país. Destacou-se que, infelizmente, a reunião presencial continha menos participantes, o que propiciava a proximidade física entre os licitantes e o pregoeiro, facilitando acordos ou conluíus.

Seis meses depois, o Tribunal de Contas do Estado proferiu a sentença: a justificativa de defesa feita pelo pregoeiro foi indeferida. Consequentemente, Clara, Maria e o próprio Alex foram penalizados com o pagamento de multa no valor de R\$ 8.000,00, cada.

Situação Atual

O processo de sanção aberto pelo TCE ainda não se encerrou. No momento encontra-se em fase recursal.

O Pregoeiro preparou um recurso objetivando a liberação da sanção imposta, para ele e para a Secretária Executiva, pois ambos não aceitavam perder dinheiro e ter seu nome associado a ilícitos orçamentários, pois tinham interesse a concorrer a cargos políticos nas eleições vindouras.

Maria ficou indecisa em relação a recorrer da decisão do Tribunal. Sua dúvida baseava-se em pagar a dívida e ficar livre do processo ou recorrer mais uma vez, mesmo sabendo do risco em receber outro indeferimento e o valor sofrer correção. Para ela, o importante era ser considerada

inocente, uma vez que acreditava ter praticado o ato sem infringir a legislação. Todavia, a imposição da sentença significava para ela a certeza de que sua conduta foi incorreta, ou até mesmo ilegal. Seria uma mancha na sua consciência e na sua carreira profissional, pois ficaria registrada em sua ficha funcional e iria gerar um PAD – (Procedimento Administrativo Disciplinar) em seu órgão. Maria se perguntava, afinal: e agora, o que fazer?

Questões teóricas

Objeto licitado pode ser considerado comum para permitir ser licitado na modalidade pregão, conforme determina a legislação?

As brechas e conflitos nas legislações interferem na tomada de decisão dos gestores públicos? A penalidade imposta pelo TCE se justificava nesse caso em específico ou houve um excesso de rigor?

Com tantos casos de corrupção e troca de influências em licitações, houve excesso de rigor na atuação do TCE ou o procedimento foi apenas o habitual?

Maria deve pagar a multa ou recorrer mais uma vez da aplicação da penalidade?

Quem deveria ser penalizado em relação à escolha da modalidade? Há um único culpado?

Qual seria a modalidade adequada para contratar o objeto licitado? Pregão, na forma eletrônica, ou alguma modalidade tradicional contida na Lei Federal nº 8.666/1993?

Nota

¹ TC-033.958/2010-6, rel. Min. Raimundo Carrero, 19.01.2011.