



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Tecnologia de Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro

Unidade de Controle Interno

RELATÓRIO DE AUDITORIA DA UNIDADE DE CONTROLE INTERNO

1. INTRODUÇÃO

Este Relatório dispõe sobre a Tomada de Contas, disposta no processo nº SEI-120211/000235/2021, instaurada com a finalidade de apurar possível dano e identificar responsáveis, quanto às irregularidades no Contrato Emergencial nº 004/2020, firmado entre o Centro de Tecnologia de Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro – PRODERJ e a Telemar Norte Leste S/A (“em recuperação judicial”), verificado pela Comissão de Sindicância instituída pela Portaria PRODERJ/PRE nº 796/2020.

Outrossim, atendendo também a apuração dos possíveis danos e identificação de responsáveis junto aos demais contratos de objetos similares firmados desde o ano de 2010, Contrato nº 019/2010, com a mesma contratada acima, tendo o mesmo objeto do Contrato Emergencial nº 004/2020, assim dizendo, a prestação de serviços de comunicação de dados de longa distância (WAN), conexão internet para rede governo e serviços complementares de tecnologia da informação e comunicação para o Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Convém ressaltar, que essa Unidade de Controle Interno consente, inequivocamente, que não foi possível concluir o Relatório de Tomada de Contas em menor prazo devido à complexidade das análises e imensa gama de informações a serem tratadas e requisitadas.

2. RELATO DAS SITUAÇÕES E DOS FATOS

Pelo consolidado, apresentado pela Comissão de Tomada de Contas e ancorado no Relatório Final, foram analisados um total de 12 processos administrativos, desde o Contrato Inicial nº 019/2010 acostado no processo E-12/661400/2010, com vigência de 22/09/2010 a 21/09/2011, seus 05 Termos Aditivos, todos relacionados no mesmo processo acima destacado, a saber: TA nº 033/2011, 027/2012, 042/2013, 038/2014, 041/2015, com vigência total até 21/09/2016.

Também fizeram parte do escopo, o Processo arquivado nº E-12/661018/2011, referente ao Contrato nº 008/2011, vigente de 13/05/2011 a 12/05/2012, e seus Termos Aditivos, num total de 07 TA, a saber: TA nº 007/2012, 013/2013, 023/2013, 041/2013, 07/2014, 008/2015, 002/2016, com vigência final em 12/05/2017, e todos acostados ao Processo Administrativo nº E-12/661918/2011.

Além desses, foram analisados 05 (cinco) Termos de Ajuste de Contas (TAC), a saber: TAC nº 005/2017, com vigência 01/06/2017 a 31/11/2017; TAC nº 006/2018 vigente de 01/12/2017 a 24/01/2018; TAC nº 011/2019 de 20/01/2019 a 23/06/2019; e 02 (dois) outros TACs vigentes de 21/12/2019 a 31/12/2019 o primeiro e de 01/01/2020 a 16/06/2020, o segundo, ambos sem informações por não se apresentarem assinados.

Todos estes TACs se encontram, respectivamente, nos referidos processos administrativos, E-01/171/955/2017, E-04/171/297/2018, E-12/211/731/2019, SEI-12/2011000739/2020 (em aberto e ainda não assinado), SEI-12/2011000740/2020 (em aberto e ainda não assinado).

E ainda, a análise dos Contratos Emergenciais nº 001/2018, 007/2018, 003/2019 e 004/2020, com as seguintes vigências e processos administrativos, respectivamente, de 25/01/2018 a 24/07/2018 acostado no Processo nº E-04/171/930/2017; de 24/07/2018 a 23/01/2019, processo nº E-04/171/100067/2018; de 24/06/2019 a 23/12/2019, processo nº E-12/2011/531/2019; e de 17/06/2020 a 16/12/2020, processo nº SEI-12/2011/000244/2019.

Também foram analisados os processos de Sindicância (SEI-120211/001761/2020) o de solicitação de informações (SEI-150016/000176/2021) e os processos judiciais nº 0005835-32.2021.8.19.000, 0006230-24.2021.8.19.000, 0015692-02.2021.8.19.0001 e 0020688-43.2021.8.19.0001.

E fizeram parte, de acordo com o referido relatório, a análise dos demais documentos como cópias de mapas comparativos de preços, termos contratuais, ordens bancárias e planilhas de custos.

Isto posto, a comissão, após a realização dos trabalhos, encaminhou para esta Unidade de Controle Interno o seu Relatório e demais documentos pertinentes. Ressalvamos que Pronunciamento do Titular que será emitido após a conclusão deste Relatório de Auditoria.

Desse modo, o objetivo do nosso trabalho é expressar opinião, conforme inciso II do Art. 8º da Deliberação TCE-RJ nº 279/2017, visando:

- a) avaliar a adequação das medidas administrativas adotadas pela autoridade competente para a caracterização ou elisão do dano;
- b) garantir o cumprimento das normas pertinentes à instauração e ao desenvolvimento válido da tomada de contas; e
- c) expressar opinião conclusiva a regularidade ou irregularidade das contas dos responsáveis arrolados na tomada de contas.

3. ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS ADOTADAS

Em nosso entendimento, o principal objetivo deste item é avaliar a adequação das medidas adotadas pela Gestão desta Autarquia para caracterização e/ou elisão do dano.

Neste fito, este estudo trata de contratações ocorridas há cerca de 10 anos, com todos os seus efeitos já realizados. Assim, importante instar que o Gestor do Órgão, ao tomar ciência de possíveis diferenças nos preços praticados pela OI-Telemar Norte Leste nos Contratos com o PRODERJ, além da devida suspensão dos pagamentos referentes ao serviço, buscou a apuração administrativa da lide.

Assim, por meio da sindicância instituída pela Portaria PRODERJ/PRE nº 796/2020, foram adotadas medidas de caráter administrativo, convocando servidores do PRODERJ para prestar esclarecimentos, bem como representantes da OI-Telemar Norte Leste, a fim de que fosse possível tornar clara a composição dos preços e sanar dúvidas sobre as diferenças encontradas em propostas comerciais apresentadas pela Telemar a outros órgãos do Estado. E, ainda, quando da conclusão do procedimento apurativo, encaminhou as conclusões apresentadas no Relatório Conclusivo da Comissão de Sindicância para ciência da empresa Oi-Telemar Norte Leste.

Cabe ressaltar que a atual administração do PRODERJ vem tomando diversas providências para a melhor gestão da coisa pública, conforme melhor abordado no Atestado de Conhecimento dos Fatos

Apurados.

Dos fatos apresentados e a partir da análise realizada pela Comissão de Tomada de Contas, com a finalidade de apurar os valores possivelmente antieconômicos pagos à Oi-Telemar, foi feita a avaliação da discrepância apresentada na composição dos preços praticados pela contratada nos contratos supra referidos, considerando o fato gerador do dano ao erário, conforme se verificará a posteriori.

Ao considerar a análise temporal do fato, observa-se que o originário se deu na assinatura do Contrato nº 019/2010, em 22/09/2010, com vigência de 12 meses no valor global de R\$ 24.93.2013,16, bem como de seus Termos Aditivos que totalizam uma vigência de 72 meses. Por conseguinte, observou-se os respectivos reajustes e apresentação de mapas comparativos de preços com propostas isoladas ou em consórcio da operadora OI-Telemar, não sendo identificadas outras composições de preços, podendo-se antever o vício na referida formação, totalizando, em favor da operadora, o valor de R\$ 150.845.958,88 para a execução durante o período, do serviço contratado.

Nesta mesma vertente, observou-se o Contrato nº 08/2011, vigente a partir da data de 13/05/2011, com vigência final, pelos seus termos aditivos em 12/05/2017, um total de 72 meses no valor inicial de R\$ 50.129.692,80, finalizando em monta de R\$ 387.582.526,01. Neste, figurou-se também o vício na formação do preço, bem como nos reajustes aplicados, em que os preços ora praticados são os de referência da Ata de Registro de Preços nº 01/2009, usando a mesma lógica de apresentação de mapas de registros de preços isoladamente ou em consórcio em que a operadora contratada configura-se prestadora de serviços.

A mesma constatação se deu na análise dos contratos emergenciais destacados, Contrato Emergencial nº 001/2018 e 007/2018, com vigências respectivas a partir de 25/01/2018 e 24/07/2018, ambos com 60 meses cada, totalizando, no primeiro um valor de R\$ 57.479.816,70 e o segundo, a monta de R\$ 65.873.692,84. Isto posto, se vislumbra o mesmo vício na formação de preços praticados, constando somente pesquisas em propostas comerciais que a contratada figurava presente, não identificando provocação a outras operadoras a fim de se obter propostas comparativas.

O fato volta a se repetir na construção do Contrato Emergencial nº 003/2019, com vigência a partir de 24/06/2019, de 6 meses, no valor global de R\$ 64.303.331,28, ainda que neste haja consulta a outras operadoras, contudo, o mapa demonstrativo de preços foi devidamente elaborado, considerando os serviços ora ofertados pela contratada isoladamente e em consórcio, não se identificando preços isolados de outras prestadoras do mesmo serviço visto “dependência” criada pela então contratada. Ou seja, observou-se falta de interesse de outras operadoras, talvez devido à estrutura a ser demandada e o curto prazo contratual. Estrutura essa, já constituída pela Oi-Telemar.

Neste viés, atenta-se para a apresentação, pelo relatório emitido da Comissão de Tomada de Contas, consoante a seguinte constatação processual:

Parecer Assessoria Jurídica/PRODERJ nº 002/2019:

(...) Importante constar de **forma inequívoca** que a **dispensa emergencial é a única forma de atendimento aos serviços elencados como imprescindíveis** sob pena de paralização dos órgãos e entidades participantes do Governo Estadual. Evidenciando-se assim a **não ocorrência de má-fé** como bem asseverado no Acórdão nº 2673/2010 da Corte de Contas da União.” (Grifo nosso).

Assim, há que se considerarem algumas particularidades a respeito, pois, não raras vezes o administrador público se depara com situações urgentes, decorrentes dos mais variados fatores, e que demandam atuação célere, sob pena de prejuízo concreto a interesses públicos e mesmo a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens.

Nesta seara, a hipótese da contratação direta emergencial que, nos moldes do art. 24, inc. IV, da Lei de Licitações, prevê a dispensa de licitação:

Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo (...) e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços **que possam ser concluídas no prazo máximo de 180** (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (Grifo nosso).

Do que se extrai do regramento jurídico é que a contratação direta emergencial deve ser utilizada para serviços que tenham em vista atender a demanda que não pode aguardar o trâmite usual do processo de contratação ordinário. E ainda mais, é importante observar que a ideia de uma situação de emergência deve coadunar-se com o tema em questão, dissociando-se da noção coloquial do termo, que não se assemelha à seara da licitação e contratos. Deve ser, ademais, devidamente esclarecida e formalizada adequadamente no processo que a justifique, com demonstração razoável da escolha da empresa, dos preços praticados e fundamentados argumentos que permitirão a propensa contratação.

Marçal Justen Filho pondera a utilização da regra quando se explica não ser:

viável afastar o cabimento de soluções definitivas e completas por meio de contratações emergenciais. Poderá configurar-se, no caso concreto, um imperativo que racionalidade no uso dos recursos públicos. (...) **Admitir-se-á a contratação emergencial** restrita a uma solução paliativa se tal for **suficiente e adequado** e, mais ainda, **economicamente vantajoso**.” (Grifo nosso)

E continua o autor, *“Ou seja, não se pode impor à Administração Pública que mantenha uma atuação precária e onerosa, potencialmente apta a desencadear outros prejuízos, somente em homenagem à natureza limitada das contratações emergenciais”*.

Outrossim, atuar de forma diversa vai de encontro ao princípio da indisponibilidade do interesse público, que impõe ao agente ponderar soluções eficientes em atenção ao bem juridicamente tutelado e à racionalidade no emprego dos recursos públicos. E se torna evidente que, caso o cenário de urgência tenha se originado de desídia administrativa, a possibilidade de contratar emergencialmente a solução para assim atender o interesse público, que é indisponível, não afasta o dever de abertura de processo administrativo para apurar a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na irregularidade, como observado no Informativo de Jurisprudência nº 240 do Tribunal de Contas da União:

2. A dispensa de licitação também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do gestor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior tutelado pela Administração. Nessas situações, contudo, o reconhecimento da situação de emergência não implica convalidar ou dar respaldo jurídico à conduta omissiva do administrador, a quem cabe a responsabilidade pela não realização da licitação em momento oportuno.

(TC 019.511/2011-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 28.4.2015)

No mesmo contexto, cabe-se afirmar que o princípio da legalidade, representação mais evidente do Estado de Direito, constitui norma-matriz do regime jurídico-constitucional aplicado à Administração Pública, de acordo com a qual a função administrativa é realizada nos termos da lei, respeitando-se as normas do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade, que neste contexto, depreende-se a clara existência de hierarquia entre a lei e o ato administrativo. Para tanto, deve-se esse ato jungir-se dentro dos limites legais. Sendo o objetivo do administrador a consecução do interesse público, não há como impedi-lo de exercer a autotutela sobre seus próprios atos, o que constitui em um dever imposto à Administração Pública.

Cumpra instar que, no exercício do controle do ato administrativo, não se poderá ter como parâmetro apenas o princípio da legalidade, uma vez que há novos paradigmas de controle do ato administrativo, diretamente deduzidos do princípio do Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição Federal, ao qual é assegurado amplo espectro de garantias constitucionais e fixados princípios com densidade normativa superior às das regras. Dentre eles, podemos citar o da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e a boa-fé, buscando melhor atender o interesse público.

Neste viés, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé atua como importante elemento para a aferição da legitimidade de um ato administrativo, sob o fundamento da necessidade de se proteger a confiança do administrado na estabilidade das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública.

Na avaliação temporal processual, fixou-se o Contrato Emergencial nº 004/2020, com vigência de 6 meses a contar de 17/06/2020, a fim de se aguardar a conclusão do pregão eletrônico em curso para o registro de preços nº 003/2018, que foi realizado em 05/02/2021, após autorizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

O referido contrato tem seu valor global definido em R\$ 63.093.826,32 e difere dos demais por 2 motivos, sendo o primeiro a apresentação de pesquisa de preços da prestação de serviços em outras 4

empresas operadoras e não somente da contratada e elaboração de mapa comparativo de preços com outros contratos em que haja celebrado outras empresas, e segundo por não haver, dentro da análise realizada, nenhum documento e comprovação de pagamento, até aquela data, à contratada.

Partindo do conceito de que a licitação é um procedimento administrativo instrumental, uma vez que é instrumento necessário para a formalização do contrato administrativo, o servidor público deve pautar suas atividades e buscar evitar os vícios, sempre almejando buscar a contratação mais vantajosa para a Administração e promover a isonomia entre os interessados. E neste íterim, alguns princípios precisam ser observados quanto ao procedimento licitatório, em quaisquer das suas fases e a sua não observância, guardadas as devidas proporções a serem analisadas pelo administrador ou pelo judiciário, podem macular a licitação.

Dentre estes princípios destacam-se o princípio da isonomia, ligado ao princípio da impessoalidade, o que não significa que a Administração deve dispensar tratamento igualitário a todos os licitantes, e sim, que a licitação deve assegurar “*igualdade de condições a todos os concorrentes*” (Art. 37 – XXI – CF). Uma das formas apresentadas para assegurar tal cumprimento legal é a busca, a pesquisa, a elaboração de um mapa comparativo de preços que atendam ao maior número possível de participantes pesquisados.

Como forma didática de apresentar o procedimento licitatório, este é comumente dividido em duas fases, a interna e a externa. A primeira é aquela em que só a Administração Pública atua definindo o objeto e o que deseja ser contratado e suas peculiaridades, e quais requisitos serão impostos aos participantes. Assim, dentro da fase interna o planejamento sobre o futuro da licitação será realizado pela administração pública. E a fase externa, por sua vez, ocorre a partir da publicação do edital e a participação dos interessados.

Dentro da fase interna, um aspecto muito relevante é a definição do preço do objeto a ser contratado pela Administração.

A pesquisa de preços consiste em procedimento prévio e indispensável para a verificação de existência de recursos suficientes para cobrir as despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para o confronto e exame das propostas em licitação e estabelece o preço justo de referência que a Administração está disposta a contratar (...) Mediante a pesquisa de preços se obtém a estimativa de custos que se apresenta como de fundamental importância nos procedimentos de contratação da Administração Pública, funcionando como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames licitatórios e àqueles executados nas respectivas contratações. Assim, **sua principal função é garantir que o Poder Público identifique o valor médio de mercado para uma pretensão contratual.** (Grifo nosso).

(Manual de Orientação acerca de pesquisas de preços do STJ – 2017, p.3)

Sobre o conceito de pesquisa de preços Luiz Claudio de Azevedo Chaves (2003) destaca que “*Ao observar tal mister, o agente responsável busca, nas várias fontes idôneas, os preços que vêm sendo praticados no mercado para o produto a ser adquirido ou contratado*” (Grifo nosso).

De acordo com o Manual de Orientação do STJ, a relevância da pesquisa de preços para diversos aspectos, seja permitir um maior conhecimento do objeto a ser contratado, seja a análise da capacidade financeira e orçamentária para adquiri-lo, ou ainda o impedimento de que haja contratação por valores acima do mercado ou mesmo que haja o chamado “jogo de planilhas”.

Nesta toada, o Acórdão 769/2013 – Plenário/TCU, traz de forma uníssona a jurisprudência da necessidade de que toda contratação, ainda que não precedida de licitação, seja precedida pela **competente pesquisa de preço** e estabelece ainda que, na sua ausência, há o desrespeito ao princípio da economicidade e da transparência, portanto, configurando-se em ilegalidade. (Grifo nosso)

Assim como, no Acórdão 2637/2015 – Plenário/TCU superou a jurisprudência que exigia para a regularidade da cotação a existência de três orçamentos de fornecedores diferentes e consolidou que para a realização de cotação de preços, deve-se buscar um número razoável de fontes no mercado, no que chama de “cesta de preços aceitáveis”. Bem como consolidou o entendimento, através do Acórdão 403/2013 – Primeira Câmara/TCU, de que a realização de pesquisa de preço de mercado não é um ato meramente formal, devendo o responsável submeter os preços encontrados a uma avaliação crítica, ou seja, os preços coletados devem ser analisados sob o enfoque de sua compatibilidade com as necessidades da administração e a realidade do mercado.

Numa avaliação mais pormenorizada da composição de preços a serem praticados, aquela Comissão percebe variações importantes no tocante aos preços apresentados pela Empresa em contratos semelhantes, contudo díspares em valores. Ainda que, por justificativa apresentada pela empresa ao ser inquirida sobre a prática, a mesma não conseguiu dirimir as dúvidas quanto à cobrança abusiva realizada, vez que os serviços solicitados teriam características básicas que foram ofertadas igualmente para todos, e o que o PRODERJ teria como diferencial nos contratos o fato de que envolveriam serviços com medições subjetivas que necessitariam de descrições mais detalhadas que comprovassem a disparidade de valores praticados pela Empresa Oi-Telemar nos contratos com o PRODERJ.

Este fato ficou caracterizado pela proposta oferecida à UENF (SEI-260009/000232/2020) em que o valor proposto para um link do tipo IP Simétrico de 10 Mbps a proposição de R\$ 822,11 para a UENF em contraposição a R\$ 15.588,13 para o mesmo objeto para o contrato com o PRODERJ, não havendo elementos suficientes para justificar a discrepância praticada na ordem de 18 vezes a maior entre as propostas do mesmo link do tipo IP Connect.

Em uma nova observação dos fatos, o que concerne à participação da Empresa Oi-Telemar Norte Leste no recente Pregão nº 003/2018 (originando a Ata de Registro de Preços nº 01/2021) realizado pelo PRODERJ em 05 de fevereiro último, essa apresentou a proposta de preços cerca de 38% a menor que os valores praticados pela mesma no Contrato Emergencial nº 004/2020, chegando a ter valores individuais cerca de 94% a menor. Sendo ainda importante destacar que a proposta que logrou êxito no referido Pregão foi da Operadora Claro S/A com valores a menor em torno de 75%, se comparados ao praticados no mesmo instrumento contratual acima descrito.

Diante dos fatos apresentados pelo Relatório da Comissão de Tomada de Contas, fica claro a falta de razoabilidade para a formação de preços, bem como sua proporcionalidade ao longo dos contratos realizados entre a Empresa Oi-Telemar Norte Leste e o PRODERJ.

Na constatação da aplicação na formação de preços praticados acima dos valores de mercado, pode-se destacar, de acordo com o Tribunal de Contas da União, quando em 2010 apresentou um levantamento indicando os principais tipos de irregularidades que poderiam gerar a paralização de uma licitação ou mesmo do contrato resultante desta.

Essa informação foi registrada no Acórdão 2140/2008 com a finalidade de mitigar erros de toda e qualquer natureza recomendando posturas corretivas, ou mesmo, aplicando sanções diante da identificação de responsabilidades, e cabe considerar o fato de preços superiores aos praticados no mercado compor o rol de irregularidades a serem mitigadas.

Nesta sorte, há aqui um atrelamento a diversos fatores que conduzem um processo de licitação. Não há como se estabelecer uma proposta vantajosa à Administração, sem o prévio conhecimento dos valores de mercado e, portanto, sem o prévio conhecimento dos preços praticados em cada praça nas mesmas condições da contratação pretendida. A falta de informações disponíveis e suficientes ao julgamento do certame podem ensejar desvios, quer por culpa ou dolo.

Há, no entanto, com relação aos preços, a caracterização de duas situações, muito constantemente tratadas como sinônimos, mas que não o são, ou seja, o **sobrepreço** é uma irregularidade que ocorre quando o preço cotado encontra-se injustificadamente superior ao praticado no mercado, carregando consigo uma **margem de lucro maior** do que a comumente praticada; e o superfaturamento é outra irregularidade comum durante a execução dos contratos, portanto posterior a assinatura do contrato e que está diretamente relacionado à entrega do produto, podendo ser qualitativo (produto ou serviço inferior ao contratado) ou quantitativo (serviço entrega a menor do contratado). Fato que nos atem a irregularidade praticada de sobrepreço, objetivando um aumento injustificável na margem de lucro apresentado.

Não obstante, cabe considerar outra questão não menos relevante, que é a ausência ou falha na pesquisa prévia de preços, como é sabido, notadamente, os processos licitatórios conduzidos pela Administração Pública, a realização de prévia pesquisa de preços compõe elemento indispensável à realização do certame, cuja competência não pertence à Comissão Permanente de Licitação/Pregoeiro e equipe de apoio, mas sim a outros órgãos internos, responsáveis pela preparação do processo.

Em publicação relacionada, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais destaca a importância de que não há como se destinar a dotação orçamentária relativa à cobertura da despesa se não houver um orçamento prévio, e pelo demonstrado em avaliações da Comissão de Tomada de Contas, nos processos relacionados aos contratos, mesmo com vícios na formulação, a pesquisa de formação e

composição dos valores a serem praticados fazem parte do rol de elementos apresentados nos certames. Há que se pensar sobre a identificação de falha na pesquisa procedida, que poderá impedir a realização do julgamento pela falta de conexão entre objeto e preço, ou mesmo sobre valores praticados, ou qualquer outro vício que impeça ou mesmo cause prejuízo à administração. Cabe instar, todavia que, a responsabilidade por falhas na pesquisa de preços somente poderá se estabelecer quando houver delegação de competência para este mister, contudo, esta atividade não tem natureza própria de delegação, e em consequência do princípio da segregação de funções.

Na Promoção da Assessoria Jurídica, no tocante à análise da minuta de Termo de Ajuste de Contas, a PRO.AJU – 460/2017 – ARPC, observa-se que, não obstante

(...)à existência de irregularidade, não pode a contratada sair prejudicada, tendo em vista que o PRODERJ, na qualidade de contratante, usufruiu o serviço sem a contrapartida correspondente. Sendo assim, recomenda-se a celebração do termo de ajuste de contas, nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 e do Enunciado nº 08, da Procuradoria Geral do Estado” e continua destacando:

O parágrafo único, do artigo 59, da Lei 8.666/93, por sua vez, estabelece que mesmo o contrato administrativo nulo gera para a Administração Pública o dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data da declaração de nulidade, desde que esta não lhe seja imputável. Tal tratamento jurídico fundamenta-se na vedação ao enriquecimento sem causa, pois ao Estado não é lícito enriquecer as custas dos contratados.

Com relação ao valor cobrado pelo serviço, **recomenda-se a realização de pesquisa de preços junto a outras empresas fornecedoras de serviço similar, a fim de certificar se aquele é compatível com os praticados no mercado**, já que só constam dos autos cotações com apenas duas empresas.” (GRIFO NOSSO).

No que diz respeito a PROMOÇÃO nº 457/2017 – ARPC, a mesma trata da análise do procedimento administrativo para a viabilidade da contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de Comunicação de dados de longa distância, conexão internet para a rede do Governo e serviços complementares de tecnologia da informação e comunicação, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, fundamentada pela Lei 8.666/93, em seu artigo 24, destacando a citação do doutrinador Márcio dos Santos Barros, que descreve que o motivo para a contratação emergencial deveria ser externo, em se tratando do Contrato Emergencial nº 001/2018, explicitando:

(...)

De qualquer forma, em ambas as hipóteses, seja a da não realização do procedimento licitatório, seja a de sua não conclusão, o motivo determinante para sua ocorrência é externo. Pode ser o atraso no recebimento, pela unidade orçamentária, de recursos previamente estabelecidos na programação financeira e no cronograma mensal de desembolso (art. 8º da LRF), podem ser limitações de empenho e movimentação financeira decorrentes de frustrações na realização da receita (art. 9º da LDF), **pode ser uma decisão do Tribunal de Contas determinando alterações no edital (...). Não importa o motivo. Em todos esses exemplos, o efeito produzido será impedir a adoção de procedimentos administrativos visando à contratação exigida ou interromper os procedimentos até então adotados, seja para reiniciá-los, se já assim for decidido, seja para com eles prosseguir, após nova decisão neste sentido.”**

“(…) Deverá o Administrador Público apresentar justificativa do preço, de modo a cumprir o requisito previsto no inciso III, do parágrafo único, do artigo 26, da Lei Federal 8.666/93. É importante que o Administrador entenda que a contratação emergencial é a solução administrativa que melhor atende o interesse público, devendo, por certo, **restar afastada a possibilidade de ocorrência de sobrepreço.**” (GRIFO NOSSO).

O PARECER nº 12/2018 – AMF/ARPC corrobora com a decisão acima destacada, com a mesma caracterização para o Contrato nº 007/2018, demonstrando: *“Imperioso ressaltar que a manifestação do agente público, no exercício de suas funções, tem presunção de veracidade e de boa-fé, razão pela qual esta ASJUR adota como verídicas e emitidas de boa-fé as informações prestadas pelo Administrador”*. (GRIFO NOSSO).

Na Contratação destacada no Processo nº E-12/211/53/2019, cujo PARECER nº 002/2019, cuja fundamentação apresentada no item III descreve:

(...)A área técnica desta Autarquia nos Estudos Técnicos Preliminares se manifesta acerca da viabilidade da contratação tendo em vista que seria ‘uma continuidade dos serviços que já estavam sendo prestados por operadora contratada na modalidade emergencial, por conta dos trâmites ainda em andamento da licitação da nova rede corporativa do Governo, denominada INFOVIA.RJ.3.0 Imperativo ressaltar que os serviços dessa contratação garantem o funcionamento de grande parte da máquina pública estadual, tendo em vista que a rede de comunicações integrada é a espinha dorsal para a operacionalidade dos sistemas de dados de missão crítica dos diversos órgãos e entidades do Governo.

O mesmo descreve, no item IV, os requisitos exigidos para a contratação, destacando o que se segue:

Caso seja viável a contratação direta no presente processo administrativo, exige a Lei de Licitações a observância dos requisitos do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 que determina que os autos sejam instruídos com os motivos que levaram à escolha do fornecedor e a justificativa do preço.

No que diz respeito à justificativa do preço, é imprescindível a demonstração nos autos que os preços apresentados pela empresa são os usualmente cobrados nos contratos celebrados com outras empresas, em situação similar à do órgão que se utilizará dos serviços, assim como com outros órgãos e entidades estatais, anexando sempre que possível a documentação comprobatória dos preços praticados.

E continua apresentando o descrito:

Diante do acima exposto, isto é, a cotação de uma única empresa, sugiro que seja explicitado nos autos a justificativa para sua escolha, nos termos supracitados, muito embora seja compreensível a dificuldade de cotação para uma contratação emergencial desse porte, onde as empresas visam fundamentalmente a participação no certame que está em vias de ser concluído e não em uma contratação onde o custo operacional para migração dos serviços é considerável.

Assim, é fundamental – no processo de licitação ora em curso – a ampliação da base de consulta de preços o que o TCU vem chamando de ‘cesta de preços aceitável’. Significa dizer que a obtenção de valores mais próximos a realidade é essencial. Daí, porque sugere-se o caminho dado pela IN nº 05/2014 SLTI/MPOG alterada pela IN nº 07/2014 que trata do procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral:

(...) Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante utilização dos seguintes parâmetros (...)

I – Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br> (...)

II – contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (...)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, **devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.**

E conclui o Parecer descrevendo “*não se vislumbra outro caminho a ser seguido senão o pretendido pela atual Administração, ou seja, o propositual período sem cobertura contratual (em que será adotado um Termo de Ajuste de Contas), a futura realização de dispensa emergencial, pelo prazo de 90 dias e o aperfeiçoamento de futura contratação, ora em andamento, tendo como fundamento o art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), corroborando a tese ora levantada acerca da Inexigibilidade de Conduta Diversa do Administrador.*”

Na mesma esfera, apresenta-se a PRO.AJU/PRODERJ nº 188/2019 que destaca o grau de atendimento das indicações sugeridas pelo então PARECER em relação a ampliação da base de consulta de preços, em atendimento a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 05/2014, corroborada pelo Enunciado TCE/RJ nº 02, que descreve:

Resposta: Manifestação do Ilmo. Vice-Presidente de Tecnologia às fls. 408 nos seguintes termos: ‘Com relação ao subitem “i”, do item II da Conclusão, devido ao escopo dos serviços que compõem o presente contrato emergencial e da precificação feita pelos ofertantes desse tipo de serviço, o custo desses serviços tende a ser único ou possuir aspectos que o tornam único. Por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro possui uma geografia singular e há uma forte relação entre localização geográfica de um enlace (link). Consequentemente, torna-se difícil a comparação de preços com serviços similares.

Além disso, no presente processo, houve apenas uma proposta orçamentária o que inviabiliza a comparação com outras para o mesmo serviço pretendido.

Entretanto isso não inviabiliza outros tipos de comparação. Nas folhas 223 e 224 foram cotados alguns enlaces de dados (links) com a mesma tecnologia e capacidade, fornecidos a dois outros órgãos do ERJ e providos pela mesma operadora. Desse modo, observa-se que alguns valores do contrato emergencial do InfoviaRJ 2.0 estão compatíveis ou mesmo inferiores a esses valores citados.

Apesar de a comparação anterior possibilitar inferir que há uma igualdade ou mesmo redução no valor, ela não significa que há uma redução na totalidade, e por isso faz-se necessário aprofundar a comparação. Desse modo, o presente contrato será comparado com o anteriormente em vigor, no aspecto financeiro e no escopo.

E continua apresentando “*Diante do atual cenário não se vislumbra outra alternativa que não a contratação por dispensa, evitando-se a descontinuidade dos serviços. Nesse contexto, invocamos ainda o **Princípio da Intranscendência Subjetiva das Sanções**, de forma que não sejam aplicadas sanções à atual Administração uma vez que estão sendo tomadas as providências necessárias, (...)”*

E ainda, discorrendo sobre o tema apresenta:

O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 615-STJ comunga do mesmo entendimento, exigindo sempre que a **gestão sucessora tenha tomado providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente** cometidos:

Súmula 615-STJ: **Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.**

Outra questão relevante e já pontuada é a **inexigibilidade de conduta diversa** que é aquela circunstância na qual **não se poderia exigir da pessoa que agisse de uma maneira diferente daquela que ela agiu**. Muito embora seja utilizada no âmbito penal, é possível traçar um paralelo no Direito Administrativo. Isto porque a situação em que a prestação de serviços de comunicação de dados no Estado do Rio de Janeiro se apresenta atualmente é crítica, não se vislumbrando outra alternativa para a manutenção dos serviços.

Na apresentação do PARECER nº 009/2020/PRODERJ/AJU quando do processo administrativo nº SEI-12/211/000244/2019 relacionado à proposta de contratação direta através de dispensa de licitação com fundamento no art. 24 da Lei de Licitações, atendendo ao Contrato Emergencial nº 004/2020, demonstra **análise pormenorizada relacionada à temática pesquisa de preços**, atendendo aos requisitos descritos no PARECER ASJUR/SECCG GBM nº 05/2020, complementado pela PROMOÇÃO GBM/ASJUR/SECCG nº 06/2020 a qual aponta a necessidade de observar as orientações traçadas como condição para a viabilidade jurídica da contratação, discorrendo incessantemente:

Quinto, em que pese a origem afirmar que a pesquisa de preços no caso concreto era inviável, **eis que existiria um único prestador de serviço existente**, o procedimento adotado não parece ter seguido os ditames do Decreto estadual nº 46.642/19. Isso porque foram apenas realizadas (i) pesquisa com base na consulta por correio eletrônico e, posteriormente, (ii) pela apresentação de contratos vigentes ou recentes similares. Neste sentido, argumentou que “não se justifica a realização de uma pesquisa em diversas fontes de preços de uma mesma operadora, que seria a única possível para ser contratada”. Todavia, o texto normativo é claro ao estipular que a Estimativa de preço é elaborada mediante a consulta a todas as fontes de consulta mencionadas no §1º do seu artigo 20, e de acordo com a metodologia nele empregada.

(...) No que se refere à necessidade de complementação da pesquisa de preço de acordo com os ditames do Decreto estadual nº 46.642/19 o setor técnico responsável realizou a juntada dos documentos 4465078, 4465098, 4465109, 4465116, 4465134, buscando atender o disposto no item 5 da Promoção.

Observa-se da documentação que foi realizada pesquisa de preço através dos portais de compras do governo, através de contratos vigentes e recentes similares realizados pela Administração Pública com o mesmo objeto, não superiores a 180 (cento e oitenta) dias ou com contratos em execução, seguindo as diretrizes expostas nos artigos 20 a 22 do Decreto estadual nº 46.642/19, como se infere nos autos dos documentos 4465098, 4465109 e 4465116.

Verifica-se que foi realizada pesquisa no Sistema Integrado de Gestão e Aquisições “Siga Compras”, no entanto, não foram localizados dados de histórico de preços, conforme documento 4465134.

Sobre essa ressalva, convém transcrever o que dispõe o artigo 22, parágrafo único do Decreto n.º 46.642/2019:

Art. 22 – Para a observância do disposto no art. 20 deste Decreto, a pesquisa de preços deverá ser apresentada por meio de orçamento detalhado em planilhas que expresse a composição dos custos unitários, além de Relatório analítico contendo o descritivo dos métodos adotados para formação dos preços de referência e do orçamento estimado para a contratação.

Parágrafo único – O Relatório analítico previsto no caput deste dispositivo deve conter todos os atos e documentos que demonstrem meios utilizados para a pesquisa de preços, apontando os parâmetros utilizados e os eventualmente frustrados, com prova e data de acesso às fontes, inclusive as indisponíveis e as sem preço registrados; a fundamentação para desconsideração de determinados preços encontrados, quando cabível; além da identificação do(s) servidor(es) responsável(is) pela elaboração de cada etapa da pesquisa.

Isto posto, observou-se as medidas adotadas pela Administração Pública para demonstração dos fatos e mitigação dos erros ou vícios.

Considerando sanadas as questões, passaremos para a abordagem seguinte, que diz respeito ao cumprimento das normas para a instalação e validação da tomada de contas.

4. CUMPRIMENTO DAS NORMAS PERTINENTES A INSTAURAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DA TOMADA DE CONTAS

Com a publicação da Portaria PRODERJ/PRE nº 821, de 22 de janeiro de 2021, a Comissão de Tomada de Contas procedeu a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e analisou a existência do dano em decorrência de possíveis irregularidades na execução dos Contratos.

A citada Portaria também designou os servidores Diego Henrique Ferreira dos Santos, Iris Portela Marques e Christiane Pessanha das Dores Ramos, para a composição da Comissão, autorizando a praticar todos os atos necessários e determinando que a execução e elaboração dos documentos deve cumprir fielmente o disposto na Deliberação TCE-RJ nº 279/2017.

Elaborados os documentos relacionados conforme a Deliberação TCE-RJ nº 279/2017, o Relatório da Comissão de Tomada de Contas, bem como abordou, quanto à sua estrutura, os conteúdos enumerados pelo inciso I do Art. 8º da já mencionada Deliberação.

Após o cumprimento das exigências relacionadas na Deliberação TCE/RJ nº 279/2017, seguiremos para a apresentação da opinião conclusiva acerca da regularidade ou irregularidade das contas dos responsáveis arrolados na tomada de contas.

5. BASE PARA OPINIÃO DA CAUSALIDADE

Diante do exposto, com base nos argumentos no Relatório da Comissão de Tomada de Contas, e documentação acostada pela comissão, precipuamente, esta Unidade de Controle Interno entende que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer responsabilidade. O doutrinador Sergio Cavaliere Filho define nexo causal como “*elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.*” É sabido que pode haver responsabilidade sem culpa, todavia, não há responsabilidade sem nexo causal.

A princípio parece um instituto simples, mas a realidade não corresponde a uma estrutura simples, de uma conduta-causa que produz um dano-efeito. Neste sentido é preciso demonstrar, para intentar a ação de reparação, que sem o fato alegado o dano não teria sido produzido.

No campo da responsabilidade, o nexo causal cumpre dupla função, permite, por um lado, determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso e, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se ressarcir, pois serve como medida da indenização.

Durante muito tempo, predominou o entendimento de que era a culpabilidade, e não a causalidade, que determinava a medida da responsabilidade. Juristas na atualidade defendem ausência de caráter científico e afirmam que para a determinação da extensão do dano indenizável, o que importa não é a gravidade ou o peso da culpa, mas o nexo de causalidade.

Na responsabilidade objetiva, em face da ausência dos parâmetros de ilicitude e da culpa, o nexo causal assume particular relevo, *in verbis*:

Código Civil.- Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

E convive, lado a lado, com a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, *in verbis*:

Código Civil.- Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No Direito Brasileiro existem e já existiram diversas teorias sobre a relação de causalidade, contudo, o conceito do nexo causal infere que há duas funções bem definidas: 1. Determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, e 2. Verificar a extensão do dano a se indenizar.

Neste diapasão, corroborando com o descrito no relatório da comissão, vale ressaltar que a Oi-Telemar já possuía total infraestrutura, visto já prestar serviços ao Estado do Rio de Janeiro desde 2004.

Assim, ainda que não tenham sido identificadas propostas comerciais de outras operadoras, sobretudo nos primeiros contratos e suas prorrogações (019/2010 e 008/2011), bem como nos Emergenciais 001/2018 e 007/2018, com já amplamente apresentado aqui, e de sorte que a magnitude e a extensão da Rede do Estado do Rio de Janeiro davam à empresa **grande vantagem competitiva na relação custo x benefício, fortalecido ainda, pelo declínio de ofertas de preços de outras operadoras, o que promove o fato primordial que origina a consequente subjugação à Oi-Telemar**, tendo sido o Estado e seus administradores diretos do caso, submetidos a uma espécie de **subordinação e a dependência direta**.

Assim, s.m.j, permanece desde 2010, o Estado do Rio de Janeiro sujeito às práticas de preços adotados pela operadora, sendo compelido a contratar com a empresa malgrado a política de preços praticada enquanto não fosse realizada nova licitação para Contratação de Redes de Internet para o Estado do Rio de Janeiro, uma vez que não se vislumbrava outra alternativa, haja vista o já relatado neste relatório e constante do Parecer PRODERJ nº 002/2019 e da Promoção PRODERJ nº 188/2019, como já amplamente discutido.

Por fim, consoante as duas funções do nexo causal, de acordo com as informações relatadas ao longo do relatório da Comissão de Tomada de Contas, fica cristalina **a consignação da adequada verificação da extensão do dano a se indenizar**, pois constam elementos suficientes para tal conforme demonstrado no item 9 do Relatório de Tomada de Contas. Quanto a **atribuir um resultado danoso, resta**

plenamente estabelecido e consignado nos autos do Relatório de Tomada de Contas, e, em nossa opinião, s.m.j., a plena e demonstrada excludente de responsabilidade dos acordos de 2019 em diante.

Outrossim, acerca de demais períodos não identificamos nexos causais absolutamente materializados, o que nos leva a assentir, s.m.j., que a empresa OI-Telemar Norte Leste concorreu exclusivamente para o dano ao erário.

No item 9, entendemos como pertinente e tecnicamente correta a metodologia de apresentada, fundamentada no inciso II do artigo 9º da IN AGE nº 22/2013.

Acerca da atualização do dano ao erário, entendemos que foi acertadamente atualizado monetariamente pela UFIR-RJ, a partir do período da prestação do serviço (base na competência da realização) até o ano vigente, consoante determinado no artigo 10 da IN AGE nº 22/2013.

Bem como no item 10 do Relatório da Comissão, foi demonstrado os valores da dívida que o PRODERJ possui em aberto com a Oi-Telemar, e seus cálculos atualizados.

E, com base nestes cálculos e pelas análises realizadas constatou-se onerosidade excessiva e a caracterização de sobrepreço na formulação das propostas apresentadas aplicado ao Contrato Emergencial nº 004/2020, com apuração retroativa ao ano de 2010 demonstrando que o dano se iniciou a partir do exercício de 2011.

Destarte, com base no cálculo atualizado, aponta-se o dano ao erário realizado no valor de R\$ 240.244.015,48 (duzentos e quarenta milhões, duzentos e quarenta e quatro mil, quinze reais e quarenta e oito centavos). E, ainda que o dano ao erário a realizar, totaliza R\$ 149.542.308,49 (cento e quarenta e nove milhões, quinhentos e quarenta e dois mil, trezentos e oito reais e quarenta e nove centavos).

Por fim, esta Unidade de Controle Interno opina pela **IRREGULARIDADE** nas contratações analisadas, em que a responsabilidade pelos danos ao erário público ocorreu em desfavor da empresa Telemar Norte Leste S/A.

Rio de Janeiro, 25 de maio de 2021.

Victor Rosa de Souza

Assessor Chefe

Unidade de Controle Interno

ID 5025517-7 / CRCRJ 111204/O-3



Documento assinado eletronicamente por **Victor Rosa de Souza, Assessor Chefe**, em 25/05/2021, às 19:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **17468950** e o código CRC **687B8CAE**.