

VOTO

Conforme Relatório precedente, cuidam os autos Auditoria Operacional com objetivo de avaliar as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de Tecnologia da Informação (TI) na relação com a Administração Pública, por ocasião da contratação de licenciamento de software e seus serviços agregados.

2. Nesta etapa processual, aprecia-se o Relatório de Fiscalização produzido pela equipe da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) sobre a modelagem de contratação de **software** de grandes fornecedores.

3. No presente trabalho, foram avaliados, ainda, os riscos de os processos empregados para a realização dessas aquisições imporem condições desfavoráveis às organizações públicas, tais como falta de competitividade nas licitações, dificuldades de negociação e imposição de cláusulas abusivas em contratos, bem como iniciativas existentes para que as contratações sejam realizadas de forma mais econômica e eficiente e o impacto que tecnologias emergentes e novos modelos de comercialização de **software**.

4. No âmbito subjetivo, a fiscalização concentrou-se nos órgãos centrais e superiores dos Poderes Executivo e Judiciário, isto é: a atual Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicações do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (Setic/MPDG) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

5. No entanto, em função da representatividade, materialidade e importância das empresas públicas federais de TI nas compras governamentais, as análises se estenderam ao Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) e à Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev).

6. Da mesma sorte, no âmbito do Poder Executivo Federal, para se conhecer a perspectiva de outras organizações públicas com atuação relevante em compras públicas, foram incluídas as seguintes entidades: Banco do Brasil S.A., Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), Central de Compras da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda (SAMF) e Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. No Poder Judiciário, para se conhecer a perspectiva de uma organização pública que presta serviço diretamente ao público, optou-se por incluir o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), em função da materialidade de compras desta organização.

7. No que toca aos aspectos metodológicos, destaco que foram utilizados como referência relatórios do Government Accountability Office (GAO) dos EUA e do National Audit Office (NAO) do Reino Unido que analisaram como esses países abordaram a gestão da contratação dos grandes fabricantes de **software** na administração pública, bem como foram realizadas entrevistas com representantes dos órgãos públicos envolvidos e dos fornecedores dos principais **softwares** analisados. Ao final, realizou-se painel de referência com a participação desses atores.

8. Quanto à materialidade investigada, com base em consulta ao Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg) e Comprasnet, chegou-se à estimativa de R\$ 2,8 bilhões no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, conforme registrado na tabela a seguir:

Fabricante	Materialidade (R\$)
Microsoft	968.551.383,02
IBM	790.577.907,46
ORACLE	663.113.887,89
SAP	171.223.664,52
Red Hat	162.271.875,91
VM Ware	117.250.619,51
Total	2.872.989.338,31

9. Registro, por oportuno, que a inconsistência dos cadastros públicos e a elevada pulverização dessas contratações entre as entidades da Administração Pública Federal (APF), as quais, muitas vezes, nomeiam de forma diversa os objetos contratados, fazem com que essa estimativa não seja confiável. Na prática, portanto, podem existir outros fornecedores relevantes ou o valor ser muito maior do que o identificado.

I – Da utilização subsidiária do Código de Defesa do Consumidor

10. Inicialmente, surge a necessidade de revisitar o Código de Defesa do Consumidor que em seu art. 2º apresenta a seguinte definição:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

11. Da definição acima, tem-se, primeiramente, que na esfera subjetiva não há distinção entre a natureza jurídica da pessoa jurídica, se direito público ou privado, para que seja apta a utilizar das disposições da legislação consumerista. Basta que a aquisição ou o serviço seja contratado para a sua utilização, ou seja, não haja a revenda ou entrega desse produto/serviço a terceiros mediante contraprestação.

12. Outro requisito essencial é a vulnerabilidade, uma vez que, por não ter o controle da produção dos bens e serviços contratados, o contratante fica à mercê do poder econômico dos fornecedores.

13. Não é por outra razão que a jurisprudência desta Corte tem reconhecido a aplicação das normas do CDC à Administração Pública enquanto consumidora de bens e serviços (e.g Acórdão 5736/2011-Primeira Câmara, Acórdão 1729/2008-Plenário). Nesse sentido, reproduzo abaixo trecho do Relatório do então Ministro Adylson Motta que fundamentou a Decisão 1.045/2000 – Plenário e consolidou parte da doutrina mais relevante sobre a matéria:

"Leon Fredja assim sintetiza a matéria do CDC: 'Para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8078, de 11 de setembro de 1990 - consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Destacam-se, entre os direitos básicos do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, a facilitação da defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova a seu favor, a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.' (FREDJA, artigo apresentado no I Seminário Ibero-Americano de Direito dos Consumidores)

E prossegue ensinando: 'sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8666/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.'

Este também é o pensamento de Celso Bastos, que não exclui o Estado quando adquire produtos ou é usuário (in Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 2º volume, 1989) .

Toshio Mukai adverte, com muita propriedade, que o Código pode e deve ser invocado pela contratante, já que, ao contratar o fornecimento de bens ou serviços, coloca-se na condição de destinatária final e, portanto, o manto protetor dessa lei não pode ser ignorado.

O TCU vem reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a Administração Pública, no pólo passivo da relação de consumo. A exemplo, a Decisão 634/96 - Plenário, traz a seguinte passagem extraída do Voto do Exmo. Sr. Ministro Homero Santos:

'A Carta Magna, entre os princípios que estabelece para a atividade econômica (art. 170), consagra o da livre concorrência (inciso IV) e o da defesa do consumidor (inciso V). A Administração Pública enquadra-se perfeitamente como consumidora nesse contexto -- sendo em muitos casos, inclusive, consumidora majoritária de determinados bens ou serviços ofertados pela iniciativa

privada -- para efeito da proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação ordinária aos consumidores em geral, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.'

14. Corroborando esse raciocínio o fato de que a legislação consumerista também seria aplicável aos contratos administrativos, eminentemente públicos, só que de forma supletiva, nos termos do art. 54 da Lei 8.666/1993 que estabelece o seguinte:

“art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

15. Julgo, então, que a principal conclusão a que chegou este trabalho é que existe uma situação de hipossuficiência da APF em relação aos grandes fabricantes de **software**.

16. Nessa seara, em diversos pontos do Relatório, a unidade técnica evidenciou que há pouca ou nenhuma margem de negociação da APF ante a esses fornecedores, o que impõe a adaptação da contratação pública aos modelos de negócio privados, que são díspares entre as soluções similares, bem como modificam-se em ritmo acelerado.

17. Joga a favor desses fornecedores o fato de que, em muitas ocasiões, os produtos oferecidos suportam serviços públicos críticos e, por essa razão, os órgãos investem elevada parte de seus recursos técnicos e administrativos na adaptação das soluções, bem como na capacitação do quadro de pessoal para o uso da solução contratada.

18. Assim, em grande medida, a estratégia de tecnologia e de negócios das entidades da administração pública é suportada por produtos desses fabricantes, razão pela qual substituições desses **softwares**, quando possíveis, têm custos elevados.

19. É importante destacar que, nesses casos, o fornecimento de serviços por grandes fabricantes de tecnologia mitiga quase que integralmente a lógica comum das prerrogativas administrativas em nome do serviço público, uma vez que impõe à Administração Pública a assinatura de contratos de adesão, padronizados em todo o mundo, não sendo, portanto, passíveis de adequação às suas necessidades.

20. Assim, quando as prerrogativas da Administração Pública, estabelecidas na legislação de licitações e contratos, são insuficientes para garantir a proteção mínima dos interesses da sociedade, é no Código de Defesa do Consumidor que ela deve buscar socorro.

II - Práticas adotadas por grandes fabricantes de software e condições desfavoráveis às contratações de software

21. Como visto no Relatório precedente, a complexidade dos modelos de comercialização de **software**, seja por fabricantes ou por intermédio de seus revendedores, impõe à Administração Pública um elevado **overhead** para a gestão dos contratos gerados. A unidade técnica identificou três elementos principais dessa complexidade: a multiplicidade de modelos de comercialização praticados, a falta de transparência desses modelos e a sua mudança frequente.

22. O principal remédio identificado, neste ponto, é uma melhor responsabilização dos chamados Órgãos de Governança Superior - OGS para que liderem as organizações sob sua supervisão, no sentido de aliviar a carga de trabalho referente à compreensão e à utilização desses modelos de comercialização, bem como diminuir o esforço para tratar as distorções relatadas, uma vez que os problemas identificados têm raiz na fragmentação e duplicação das compras pelas organizações públicas.

23. Com isso, busca-se endereçar, também, a elevada dificuldade atual encontrada para pesquisar e negociar preços de soluções de TI oferecidas por grandes fornecedores de **software**.

24. Fica clara, então, a baixa maturidade na atividade de pesquisa de preços nas contratações dos grandes fabricantes de **software**, que é fundamental para se estimar o valor das contratações e então se chegar ao orçamento estimado, a exemplo das seguintes constatações: a) a complexidade da contratação; b) a dificuldade de encontrar contratações semelhantes, que, por sua vez, deve-se à falta

de padronização dos objetos, à falta de padronização das descrições dos objetos e à ausência de ferramentas de pesquisa; e c) a dificuldade de obter cotações diretamente dos revendedores/fabricantes.

25. Prosseguindo, a unidade técnica relaciona **práticas de fabricantes e seus revendedores que prejudicam a competitividade dos certames.**

26. Nesse ponto, merecem destaque o registro de oportunidade e a carta de exclusividade, os quais podem frustrar o caráter competitivo das licitações devido ao direcionamento do vencedor pelo fabricante. Já a exigência de utilização de produtos específicos para viabilizar a utilização da solução contratada pode levar as organizações a adquirirem soluções desnecessárias.

27. Merece atenção, ainda, o fato de que a forma de pagamento utilizada na aquisição de licenças de **software** e de serviços agregados expõe o órgão a riscos e pode afetar a economicidade da contratação, uma vez que o modelo de pagamento à vista é adotado pela maioria dos fabricantes tanto para licenças como para serviços agregados.

28. Ademais, verificou-se **um grande risco de que as aquisições de licenças e de serviços agregados, em muitos casos, fujam das reais necessidades das organizações, gerando gastos com produtos não utilizados.**

29. Nesse contexto, entendo que não é possível o pagamento à vista por licenças ainda não ativadas.

30. É que as normas de direito financeiro afetas à Administração Pública impõem que a liquidação das despesas deve ser realizada por ocasião da efetiva entrega do bem ou a realização do serviço. Nesse momento, é que o órgão está apto a aferir se o que foi contratado foi disponibilizado, seja quantitativamente ou qualitativamente.

31. No caso de licenças de **software**, entendo que o momento da entrega definitiva é o da ativação da licença. Conseqüentemente, o pagamento não pode ser realizado de forma antecipada, sob pena de infringir frontalmente os dispositivos da legislação de licitações e contratos, bem como normas de caráter financeiro (e.g arts. 62 e 63 da Lei 4320/1964).

32. Tal controle evitaria a nefasta situação encontrada em diversos órgãos, em que licenças são adquiridas em elevado número e não utilizadas, a exemplo do que está ocorrendo no Grupo Eletrobrás em relação às licenças do **software** SAP ERP. Sobre essa situação específica, permito-me reproduzir excerto da instrução da Sefi para ilustrar os danos causados por essa prática:

“159. No caso da utilização em ambientes já estabelecidos, as organizações costumam adquirir grande volume de licenças em uma mesma contratação para gerar economia de escala, reduzindo, assim, o valor unitário da licença (peça 95, p. 2, questão 3.5; peça 78, p. 2-3, questão 4.5). Tal prática é coerente quando há boa estimativa da demanda, caso contrário há possibilidade de serem adquiridas licenças que não são utilizadas de imediato, resultando em gastos desnecessários (peça 95, p. 2, questão 3.6). Diante dessa situação, é aconselhável que as organizações avaliem com cuidado a relação custo-benefício de adquirir o volume pretendido para que a quantidade abrangida seja a necessária para os objetivos da contratação, considerando, inclusive, a possibilidade de utilizar o sistema de registro de preço, que proporciona a aquisição de licenças em momento oportuno ao mesmo tempo que viabiliza economia de escala, em consonância com a Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f", art. 7º, § 4º, art. 15, § 7º, inciso II e, no caso de registro de preços, com o Decreto 7.892/2013, art. 3º, inciso II, art. 5º, incisos I e II, art. 6º, caput, art. 9º, incisos II e III.

160. Já nos casos de compras voltadas para a utilização em projetos, a aquisição imediata de alto volume de licenças pode ser prejudicial, pois parte dessas licenças tende a ser utilizada apenas após a finalização do projeto, muitas vezes sujeito a atrasos, isso se o projeto ainda não fracassar, pois, nesse caso, a licença sequer é utilizada. Ademais, o pagamento de serviços agregados referentes às licenças não utilizadas em sua totalidade pode configurar irregularidade grave e dano ao erário, uma vez que há pagamento por serviços não utilizados.

161. Essa hipótese tende a ter maior probabilidade de ocorrência em projetos de longa duração, como em implantações de softwares do tipo ERP, que costumam envolver a aquisição de licenças que não são utilizadas de forma imediata. Isso pode ser observado em aquisição realizada pela Eletrobras (peça 78, p. 1-4, questão 4; peça 95, p. 3, questão 6.2), onde foi efetuada compra conjunta de licenças SAP para as empresas do grupo, com o intuito de aumentar a economicidade da contratação. Entretanto, apesar dos ganhos financeiros proporcionados pela compra, devido a contingenciamentos orçamentários, não foi possível iniciar projetos que viabilizariam a utilização de parte dessas licenças, conforme se observa na situação da Chesf (empresa do Grupo Eletrobras), na qual a contratação referente à customização do produto foi suspensa, impossibilitando a utilização das licenças contratadas (peça 95, p. 2, questão 3.6). Durante a etapa de execução dos trabalhos, o Grupo Eletrobras informou que estava avaliando alternativas para prover utilidade ao montante adquirido que não estava em utilização. Em relação a esta situação em particular, em função do escopo desta auditoria ter foco nas práticas dos grandes fabricantes e não na avaliação de contratações específicas, optou-se por encaminhar proposta para que a Eletrobras informe a este Tribunal acerca dos resultados obtidos com as aludidas ações para que se possa deliberar posteriormente sobre a necessidade de outras ações de controle.”

33. Nesse ponto, a aquisição de elevada quantidade de licenças, estimada de forma quase aleatória, não se beneficia da argumentação de aumento dos ganhos de escala. Ora, a própria Administração Pública tem mecanismos legais, como a realização de um planejamento coerente de seus projetos, bem como a flexibilização da aquisição de bens e serviços quando não é possível estimar com precisão o exato número a ser adquirido, como, por exemplo, o registro de preços.

34. No caso do pagamento antecipado por serviços agregados, peço vênias para divergir da unidade técnica quanto a essa possibilidade, mesmo que em situações excepcionais.

35. Na minha visão, não socorre esse raciocínio o fato de que os grandes fabricantes de **software** adotam globalmente a prerrogativa de pagamento antecipado, uma vez que, sendo o contrato executado em solo brasileiro, deve-se respeitar a legislação pátria.

36. Por oportuno, é relevante mencionar que ao apreciar representação específica sobre possíveis irregularidades ocorridas nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), relacionadas ao Pregão Eletrônico DJS 8/2017 (PE DJS 8/2017), cujo objeto é a contratação de serviços técnicos de consultoria para implantação do Sistema de Gestão Empresarial SAP ERP nas empresas Eletrobras holding, Chesf, Eletrosul, Eletronorte, Furnas, CGTEE, Eletronuclear, Cepel, Amazonas G/T e Eletropar e pós-implantação, no âmbito do TC 015.052/2017-6, por mim relatado, deixei clara no voto condutor do Acórdão 1963/2018 – TCU – Plenário a ambiguidade na condução dos projetos de ERP no âmbito da Eletrobrás e de suas subsidiárias, bem como a possível ineficiência na condução do projeto:

“15. Em relação à alteração da metodologia de implantação do projeto (item 2.4.), alega a empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. que o objeto prevê metodologia de implantação do projeto de forma diversa daquela definida em 2011 pelo grupo de trabalho **ad hoc** e pelo Comitê de TI e, ainda, daquela recomendada pelo próprio fabricante do software. Alega-se que o referido comitê teria recomendado a implantação individual para cada empresa do grupo Eletrobras (peça 1, p. 29) e que estudos do Gartner indicavam que tal formato de implementação seria o mais adequado à realidade da unidade jurisdicionada (peça 1, p. 30).

16. A Eletrobras, por outro lado, defende a metodologia de implantação centralizada (em única instância), fundamentalmente, em razão da MP 579/2012, convertida na Lei 12.783/2013, a qual teria resultado em prejuízos da ordem de R\$ 30 bilhões à empresa em três anos. Assim, diante desse cenário, as empresas não tiveram recursos para fazer suas implantações, levando à paralisação desses projetos, demandando a aprovação de novo modelo de implantação, aprovado pela Diretoria Executiva em 19/9/2016, de modo a diminuir os custos de implantação. Escolhido um SAP Base, deveriam ser feitos os ajustes necessários para sua utilização em todas as dez empresas do grupo, com adesão ao ProERP, por meio de aprovação formal em Diretoria Executiva e Conselho de cada empresa. Aduz a estatal que o próprio fabricante do software

sinalizou que a instância única seria a opção mais recomendada para empresas com estrutura societária equivalente ao porte da Eletrobras (peça 36, p.12).

17. Embora entenda como regular e adstrita à esfera de discricionariedade da empresa estatal a referida alteração, em virtude das condições econômico-financeiras da empresa, e que a indivisibilidade do objeto estaria de acordo com a jurisprudência do TCU, em especial com o enunciado da Súmula-TCU 247 – que prevê as condições para a divisão do objeto, quais sejam, ausência de prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda da economia de escala –, é curioso que o mesmo fabricante que outrora recomendava a metodologia de implantação em múltiplas instâncias, agora altere as suas convicções para uma única instância, em face de uma estrutura societária da empresa contratante que não se alterou de forma significativa desde a sua primeira manifestação. O prejuízo para o conjunto ou a perda da economia de escala não eram visíveis ou perceptíveis outrora? O que se aproveitou dos projetos paralisados? Como se deu essa paralisação dos antigos projetos? Quais os prejuízos dela advindos? Apesar de estarem fora do escopo desse processo, são questões que não podem deixar de ser levantadas.”

37. Assim, entendo que, no caso mencionado, essas e outras questões devem ser melhor exploradas por esta Corte de Contas. Então, faz-se necessário determinar à Segecex que promova a abertura de processo específico para a apuração das ações tomadas, assim como os resultados obtidos, para dar utilidade às licenças não utilizadas no âmbito do projeto de implantação do sistema de gestão SAP realizado nas empresas Eletrobras holding, Chesf, Eletrosul, Eletronorte, Furnas, Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE), Eletronuclear, Cepel, Amazonas G/T e Eletropar, as responsabilidades envolvidas e a ocorrência de possível dano ao Erário.

38. Merece destaque, igualmente, a informação levantada a respeito da **dificuldade que os órgãos públicos têm de suspender contrato com as empresas contratadas, em geral, representantes, que obtiveram pagamento à vista.**

39. Novamente, nos casos em que há hipossuficiência da esfera administrativa, a solução está no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, sobretudo quando os representantes recebem a chancela do fabricante como “exclusivos” ou “autorizados” e, com isso, há uma natural limitação na escolha do contratado pela Administração Pública. Sendo a fabricante parte essencial da cadeia de fornecimento, deve responder pelas falhas nos serviços prestados pelos representantes.

40. Assim, pugno pela alteração da proposta de item 431.2.1.1.1.2 no Relatório precedente para a inclusão de vedação ao pagamento antecipado e eliminação do item 431.2.1.1.1.3 da mesma instrução, com renumeração das propostas seguintes:

“431.2.1.1.1.2. adquiram quantitativo de licenças estritamente necessário, **vedando-se o pagamento antecipado por licenças de software**, vinculando o pagamento dos serviços agregados às licenças efetivamente utilizadas, principalmente em projetos considerados de alto risco ou de longo prazo, nos quais o quantitativo deve ser atrelado à evolução do empreendimento, e devidamente documentado nos estudos técnicos preliminares, podendo ser utilizado o Sistema de Registro de Preço, que viabiliza o ganho de escala na compra ao mesmo tempo que proporciona a aquisição no momento oportuno conforme Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea f, art. 7º, § 4º, art. 15, § 7º, inciso II, Decreto 7.892/2013, art. 3º, inciso II, art. 5º, incisos I e II, art. 6º, caput, art. 9º, incisos II e III (parágrafos 159 a 162);”

41. Chama a atenção, igualmente, **o elevado grau de insatisfação sobre cláusulas relativas a serviços agregados que repercutem na operação de TI das organizações públicas e nos preços contratados.**

42. A unidade instrutiva relata que há conflito na definição de níveis de serviço, uma vez que as organizações públicas requerem cláusulas ajustadas às suas necessidades e os fabricantes adotam cláusulas padrão para atender a um universo muito grande de clientes.

43. Destaca que, mesmo nos contratos firmados com revendedores, a prestação de serviços agregados, em muitos casos, é realizada pelos fabricantes, gerando descompassos nos contratos, a

exemplo de divergência entre o período de prestação dos serviços agregados firmado no contrato e o período reconhecido pelo fabricante, o que pode deixar as organizações sem cobertura desses serviços, ou ainda, gera a obrigação de que a partir de determinado período a contratação dos serviços agregados seja realizada diretamente com o fabricante, ou seja, sem nova licitação.

44. Nesse ponto, entendo acertadas as propostas da unidade, visto que buscam mitigar esses riscos com a indução de cláusulas relativas a níveis de serviço com condições de atendimento de suporte mais adequadas às necessidades das organizações públicas.

45. Faço, no entanto, um adendo na proposta sugerida, acrescentando novo encaminhamento, visto que enxergo a necessidade de que o processo fomentado preveja, também, o planejamento de adoção de soluções alternativas, de outros fabricantes, de forma a diminuir a dependência entre o serviço público e as soluções contratadas, evitando o comportamento danoso da elevada leniência com descumprimentos contratuais, seja por fabricantes ou por fornecedores, com o objetivo de evitar atritos com quem detém os direitos de produto base para as soluções de negócio que suportam os serviços públicos.

46. Por oportuno, com relação aos níveis de serviço, sugiro também que sejam estabelecidos pelos órgãos centrais diferentes padrões de Acordos de Níveis de Serviço, relacionados à criticidade dos serviços em relação ao planejamento de Riscos e de Continuidade das organizações, uma vez que a constituição de valores de referência muito elevados podem induzir ao danoso comportamento de exigência exagerada por níveis de serviço impraticáveis que não são acompanhados pelos necessários serviços a serem realizados pelos quadros das entidades contratantes.

47. O processo de gestão estratégica das contratações de soluções de grandes fabricantes de **software** deve incluir, ainda, as penalidades padronizadas e preestabelecidas que sejam compatíveis e diretamente relacionadas ao descumprimento desses níveis de serviço, de forma a induzir a aplicação das sanções contratuais sempre que necessárias ao bom desenvolvimento da execução contratual.

48. Outra conclusão a que chegou a auditoria foi que **os fabricantes tendem a aumentar os valores das licenças e dos serviços agregados quando há maior dependência tecnológica.**

49. Nesse aspecto, a unidade técnica informa que a dependência tecnológica faz com que as organizações fiquem em posição vulnerável nas negociações com os grandes fabricantes de solução de TI, que tendem a praticar preços acima do mercado.

50. Reforça-se, assim, a conclusão de que os órgãos devem manter planos de contingência, incluindo o planejamento de substituição de contratados para mitigar a dependência dos serviços públicos prestados às soluções contratadas, bem como adotar ações para lidar com a elevação de preços e com os impactos causados por eventuais mudanças tecnológicas.

51. Seguindo sua análise, a unidade técnica verificou **que há exigência de pagamento para restabelecer serviços agregados sem justificativas plausíveis.**

52. Em relação a essa questão, a unidade conclui pela ilegalidade da cobrança feita pelos grandes fabricantes de **software** no que diz respeito ao restabelecimento dos serviços de suporte técnico, de atualização de versões e de correção de erros, bem como da cobrança de taxa específica (multa) para restabelecer serviços agregados.

53. Com relação à atualização de versões, entende que não há cobertura legal que autorize o pagamento retroativo desse serviço. Por outro lado, considera que ainda persistem obscuridades a respeito da pertinência da cobrança deste tipo de serviço, uma vez que:

“296. Embora a cobrança retroativa do serviço de atualização de versões não encontre amparo legal, não parece razoável que as organizações públicas tenham a possibilidade de obter a última versão de um software sem custo algum ao voltar a celebrar contrato que incluía esse serviço. Há que se ter uma forma de compensação para os fabricantes que investiram na evolução de seus produtos durante o período sem contrato do serviço de atualização de versões. No entanto, só seria razoável pagar essa compensação caso a organização esteja com versão desatualizada e a nova versão seja mais cara que a corrente, cujo valor seja aferido mediante pesquisa de preços (subtítulo

3.2). Se a organização já estiver com a última versão do software disponível pelo fabricante ou a última versão disponibilizada for mais barata que a anteriormente contratada pela organização pública, não há que se falar em pagamento por atualização de versão a qualquer pretexto.”

54. Discordo apenas de parte desse raciocínio. De fato, a discussão sobre o funcionamento do negócio das fabricantes não me parece produtiva, visto que se trata da esfera de atuação das empresas privadas. No que importa à Administração Pública, há que se ponderar que, em geral, as atualizações de versões são realizadas para solucionar erros implícitos da solução que não foram ou não puderam ser detectados no momento da aquisição da ferramenta. Neste caso, o próprio Código Civil trata como vícios ocultos e, dessa forma, na prática, não ocorre uma mera atualização de versão, com novas funcionalidades, mas sim, a correção de erros inerentes à solução.

55. Ademais, o desenvolvimento tecnológico faz parte do negócio dos fabricantes, e, por certo, não está abrangido no contrato com as entidades públicas. Dessa forma, impossível estabelecer cobrança por esse serviço.

56. Apenas a título de argumentação, também é injusto considerar que a APF tenha de pagar pelas versões intermediárias quando não se beneficiou delas. Ora, se não teve acesso ao **software** atualizado, utilizando solução defasada, não me parece razoável que o serviço venha a ser cobrado de forma retroativa para abranger esse período.

57. Dessa forma, não é possível acolher a proposta de encaminhamento da unidade técnica no sentido de que os OGS definam um procedimento que possibilite o pagamento pelo serviço de atualização da versão corrente do **software** usada na organização pública para a última versão disponível pelo fabricante, o que enseja, a supressão do item **431.1.6** da proposta de encaminhamento.

58. Por outro lado, concordo com a conclusão adicional da unidade técnica no sentido de que não se pode obrigar as organizações públicas a contratar o serviço de suporte técnico juntamente com o serviço de atualização de versões, pois se trata de “venda casada”.

59. Nesse sentido, dado o potencial de que essas práticas, em conjunto com outras identificadas neste Relatório, sejam vedadas pela legislação concorrencial e dadas as limitações do mercado de **softwares** básicos, entendo pertinente o encaminhamento do resultado da presente fiscalização ao Cade e à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, os quais lidam com questões relacionadas ao Direito do Consumidor e à Ordem Econômica, para que tomem ciência da possível ocorrência de práticas abusivas identificadas em contratações de **software** pelas organizações públicas junto aos grandes fabricantes do setor, de forma a subsidiar eventuais ações no sentido de coibi-las.

III - Riscos e oportunidades relacionadas à adoção de práticas de coordenação de compras por organizações públicas

60. Discuto agora as experiências de coordenação de compras por organizações públicas e os seus riscos.

61. A principal motivação da implantação de modelos centralizados ou compartilhados de compra é a busca por maior eficiência administrativa tal como preconiza o art. 37, **caput**, da Constituição Federal.

62. No entanto, o cenário encontrado foi o da pouca participação e colaboração entre instituições públicas nas aquisições de **software**, o que leva à ineficiência e à baixa economicidade nessas compras públicas.

63. Nessa seara, entendo que cada vez mais os órgãos têm de se concentrar em suas atividades finalísticas, ou seja, na prestação de serviço público decente e de qualidade para o cidadão, da forma mais eficiente possível.

64. No entanto, vejo que há uma certa incapacidade dos órgãos públicos de identificar que suas necessidades não são especiais quando comparadas àquelas das demais entidades públicas. Como, em verdade, as necessidades dos órgãos para suporte às políticas públicas são muito semelhantes, podem,

sem grande prejuízo, ser agrupadas em categorias.

65. No que tange a **software**, muitas vezes os Acordos de Nível de Serviço têm maior impacto nos contratos de suporte técnico, correção de erro e atualização de versão, uma vez que as licenças básicas de **software** são as mesmas. Dessa forma, nada mais natural, em se tratando de um mercado de concorrência muito baixa, quase nula, com muito indícios de cartelização, que se busque a coordenação das compras, por meio da análise, pelos órgãos de governança superior, das cláusulas básicas contratuais e dos modelos de licenciamento que mais se adaptem aos requisitos básicos dos principais grupos de órgãos públicos.

66. A experiência internacional mostra que a negociação conjunta é a regra quando se trata de fornecedores estratégicos para o País. Conforme ficou demonstrado no presente processo, não há prejuízo para a economia nacional ou mesmo para o mercado local, uma vez que a concorrência, na prática, não existe para o fornecimento do mesmo **software**, sendo a concorrência entre os representantes mera ficção do mercado.

67. No âmbito nacional, as iniciativas do Prodesp no Estado de São Paulo mostram que, com o mínimo de organização governamental, é possível reduzir o custo financeiro da aquisição, com o potencial ganho de oportunidade na racionalização dos esforços para a produção de soluções que auxiliem na melhoria dos serviços públicos prestados.

68. Nesse ponto, deve-se ter em mente que a compra pública não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para a prestação de serviço público de qualidade. Assim, os valiosos recursos profissionais de TI podem ser empregados na produção de sistemas ou análise de dados públicos ou mesmo na manutenção da infraestrutura indispensável para o funcionamento dos órgãos em vez de concentrar-se na especificação de editais e termos de referências e nas discussões burocráticas que envolvem o processamento de aquisição.

69. Em outra perspectiva, esse modelo favorece também o controle, uma vez que os órgãos centrais poderão melhorar os controles e a transparência das aquisições de fornecedores estratégicos, diminuindo, assim, a possibilidade de desvios e de captura de interesses, ao passo que reduzem o risco de imagem a que estão sujeitos esses fornecedores ao participarem de licitações em órgãos públicos pouco estruturados.

70. Com isso em mente, vejo como adequadas as medidas propostas com o objetivo de dar mais eficiência à aquisição e à gestão das ferramentas de tecnologia tratadas neste processo. Nesse contexto, diante da realidade demonstrada no Relatório, percebo que cabe, com fulcro no princípio da eficiência, insculpido no art. 37, **caput**, da Constituição Federal, converter as recomendações propostas nos itens 431.1.1 e 431.1.4.1 da instrução da unidade técnica em determinações ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça, estabelecendo, dada a complexidade do tema, prazo de 240 dias para a implantação.

IV - Cenário futuro dos modelos de comercialização dos grandes fabricantes de software

71. Derradeiramente, a unidade técnica avaliou os cenários prováveis que indicam a evolução dos modelos atuais, com base em licenças, para modelos que tratem o **software** como serviço (SaaS).

72. A principal conclusão é que não há preparação adequada do setor público para essa evolução e que a adoção desse modelo pode trazer risco de continuidade dos negócios suportados por tecnologia, em face, principalmente, das frequentes restrições orçamentárias às quais os órgãos estão sujeitos.

73. No contexto analisado, percebo que a centralização de parte das atividades de planejamento da aquisição e execução de soluções de grandes fabricantes, descrita na seção anterior, será importante também como preparação para essa mudança na forma de consumir e pagar por **software**, uma vez que favorece a especialização da Administração Pública e a diminuição da forte assimetria de informações e poderes com o mercado.

74. Assim, entendo adequadas as medidas propostas no sentido de induzir que os órgãos

centrais se preparem tempestivamente para este cenário, de forma a evitar aquisições não planejadas, desvantajosas e que comprometam o desempenho das funções das organizações em função dos riscos orçamentários, normativos e operacionais identificados.

V - TC-023.456/2017-5 (Apensado)

75. Estando os autos em meu gabinete, foi apensado a este processo, o TC-023.456/2017-5, a respeito de supostas fraudes em licitação, com superfaturamento de preços e direcionamento, estimadas à contratação de soluções de segurança e proteção de estações de trabalho e servidores.

76. Ao me deter sobre o apensado, verifico que a contratação de antivírus em geral perpassa os mesmos problemas e soluções encontradas no processo principal. As questões trazidas na denúncia, em especial, as eventuais diferenças de preços em algumas contratações para produtos do mesmo fornecedor se devem, em suma, às diferentes modelagens de contratação de antivírus.

77. Dessa forma, entendo que as recomendações propostas pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) às peças 60-62 do TC-023.456/2017-5, já estão abrangidas pelas propostas formuladas pela Sefli nestes autos, especialmente, pelos itens 431.1.1, 431.1.1.8, 431.1.1.2, 431.1.1.4 e 431.1.1.5, acolhidas nesta ocasião, no sentido de otimizar as compras de soluções semelhantes de antivírus, uma vez que são muito semelhantes entre os órgãos da Administração Pública Federal, não sendo necessárias medidas adicionais às já propostas nos autos principais.

VI - Considerações finais

78. O Relatório examinado é um retrato do processo de aquisições na Administração Pública, no qual grande parte dos órgãos e das entidades não possui planejamento estratégico específico que contemple, **a priori**, os objetivos pretendidos nas contratações e os meios predefinidos para a condução dos processos licitatórios, tanto em termos materiais quanto de estrutura de recursos humanos do setor de aquisições.

79. Em muitos casos, são alocados para esse mister agentes que não necessariamente possuem o devido treinamento e conhecimento técnico para a condução dos diversos certames, desde contratações mais simples até aquisições mais complexas, agravado pelo fato de que o objeto pretendido muitas vezes não possui projeto básico ou executivo predefinidos.

80. Por vezes, questões pontuais são supridas por meio de contratações que não atendem, no longo prazo, as necessidades da Administração, seja pelas indefinições ou má qualidade do que foi pretendido adquirir, seja pelo dispêndio orçamentário indevido, isto é, que efetivamente não atendeu aos objetivos na gestão das aquisições.

81. Esse cenário se torna agudo quando se confronta com um mercado em que há grande concentração das soluções em poucos fabricantes de **software**, bem como elevada dependência desses sistemas para o núcleo do próprio negócio das organizações públicas. A assimetria econômica e informacional entre os órgãos da Administração Pública e os grandes fabricantes de **software** subverte a lógica da supremacia do interesse público, pois os órgãos públicos são forçadamente levados a aderir a termos de licenças preestabelecidos com cláusulas não previstas em contrato, muitas delas contrárias à legislação pátria.

82. Assim, torna-se imperiosa a necessidade de maior concentração da inteligência e do poderio do Estado nos órgãos governantes superiores de TI, os quais têm maior capacidade de estruturar melhor o processo de contratação, em especial o planejamento, bem assim da efetiva pesquisa de preços de mercado e de seleção dos fornecedores, passando pelo estabelecimento de padrões mínimos de gestão e fiscalização dos contratos, evitando-se pagamentos indevidos e a ocorrência de sobrepreços e de superfaturamentos.

83. O modelo atual, em que as contratações das mesmas soluções é feita de forma totalmente descentralizada entre os órgãos, vai na contramão da chamada economia colaborativa ou criativa, cujo fundamento está na otimização do uso de recursos na Administração Pública, ou seja, em geral, os

órgãos públicos desconhecem os planos de outras entidades, apresentam processos desconexos, raramente produzem produtos e plataformas comuns, e, pior de tudo, pouco colocam a inteligência de seus corpos gerencial e técnico em busca de melhores soluções para a sociedade.

84. Há, portanto, nessa seara, elevado desperdício com recursos financeiros e com esforços em duplicidade em vários órgãos públicos, que poderiam ser melhor aproveitados em benefício de toda a Administração nos momentos em que estão ociosos.

85. Ficou patente neste processo que muitas vezes se compra em excesso, ou ainda, realizam-se aquisições com requisitos muito superiores ao necessário para bem desenvolver o serviço público, agregando pouco ou nada para a sociedade.

86. Não percebo como tão diferentes os requisitos para compra dos **softwares** ora examinados, na sua maioria, **softwares** básicos, que tornem necessário que os vários órgãos da Administração concentrem os seus valiosos recursos de pessoal para a elaboração de estudos e de especificações em paralelo para aquisição deste tipo de produto. Ora, deve-se definir um padrão de qualidade a ser observado por toda a Administração Pública para evitarmos o que se observa em vários contratantes, em que são adquiridas soluções tecnológicas inservíveis, quando os sistemas mais simples não funcionem adequadamente.

87. Não posso deixar de me manifestar quanto a esse aspecto. A Administração Pública não pode ser mais refém de contratações de TI antieconômicas, que não atingem os fins a que se destinam e drenam cada vez mais recursos públicos, muitas vezes com entregas aquém dos requisitos acordados nos contratos celebrados e em tempo superior ao inicialmente pactuado. Tenho me posicionado veementemente contra essa ineficiência, que contrata mais do mesmo e não entrega os resultados esperados, sem consequências realmente pedagógicas para contratantes e contratados.

88. Tenho defendido, interna e externamente, a necessidade de que o uso da TI pelo Estado abandone, de uma vez por todas, os conceitos e métodos ultrapassados de governo eletrônico, de modo a promover a adequação da prestação de serviços públicos a uma sociedade cada vez mais conectada à era digital. Trata-se de requisito fundamental para a construção de um País 100% digital, caminho para o aumento da competitividade e da produtividade de nossa economia.

89. Diante deste cenário, as medidas, ora propostas, buscam, então, induzir a gestão estratégica de fornecedores, o que passa pela definição de formas coordenadas de contratação, de soluções padronizadas, de lista de preços máximos, de acordos diretos com os fabricantes e a da convergência de preços entre contratações similares.

90. Feitas essas considerações, acompanho, em essência, e incorporo às minhas razões de decidir o Relatório da unidade técnica (peça 125), ressaltando a excelência do trabalho de fiscalização produzido pela Sefti e parabenizo a equipe de auditoria composta pelos Auditores Federais de Controle Externo Diego Rodrigues Hulse, Carlos Alberto Mamede Hernandez e Ricardo Akl Lasmar de Alvarenga pela adequada e percuciente análise empreendida, bem como, na pessoa do Secretário Márcio Rodrigo Braz, a todos que colaboraram com a execução deste importante trabalho.

Ante o exposto, manifestando concordância no essencial com o Relatório e a proposta apresentada pela Unidade Técnica, com as sugestões aqui discutidas, VOTO por que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de novembro de 2018.

AROLDO CEDRAZ
Relator