

VOTO

Inicialmente, enalteço o trabalho efetuado pelo auditor federal Marcelo Meireles de Sousa no exame destes autos, o qual, pelos seus fundamentos, incorporo às minhas razões de decidir.

2. No mérito, ressaltarei alguns tópicos relativos aos assuntos específicos que foram objeto das audiências e diligências por mim autorizadas no processo.

I

3. A diretoria do Basa, à época, foi ouvida pela assinatura do contrato 2004/224, firmado com a empresa Cobra Tecnologia com inexigibilidade de licitação, mesmo estando ausentes: os pressupostos estabelecidos no art. 25, *caput* e inciso II da Lei 8.666/1993, a pesquisa de preços, o orçamento detalhado, a justificativa de preços (arts. 7º, §2º, inciso II, 26, parágrafo único, inciso III, e 40, §2º, inciso II, da Lei 8.666/1993) e os limites para subcontratação.

4. Para melhor compreensão da matéria, mister se faz descrever os passos para contratação direta efetuada, segundo o parecer Getec 2004/12 (p. 1/12, peça 270).

5. Inicialmente, foi submetido à diretoria empossada em abril de 2003 plano preliminar para implantação das medidas sugeridas por relatório técnico de diagnóstico, que constatou a situação crítica pela qual passava a área tecnológica do banco. Esse relatório preliminar, produzido em fevereiro de 2003, previa a realização de licitação e a implantação gradual, com auxílio de empresa de consultoria especializada, contratada por licitação, envolvendo a capacitação dos empregados do banco e a estruturação da área de TI (p.39/46, peça 264). Esse planejamento foi objeto de análise pela Sefti, que registrou, quanto ao trabalho técnico produzido, que:

“Ainda quanto ao Plano Preliminar, elaborado pelo Gerente de Soluções Técnicas do Basa, é oportuno observar que esse documento aborda a implantação das melhorias tecnológicas de forma bastante ponderada, vislumbrando, de forma realística e factível, a execução do projeto em um período maior que 24 meses, devendo o projeto ter início com as demandas consideradas mais críticas para a instituição (anexo I, volume 1, fl. 343).

145. Em acréscimo, o referido documento considerava a atribuição exclusiva de diversas tarefas a analistas internos, como gerência de terceiros, coordenação de projetos, análise de negócios, prospecção de novas tecnologias e aquisição de novos recursos; previa inicialmente a contratação de consultoria especializada, por meio de licitação, para nortear as atividades relacionadas a sistemas e bases de dados; assim como previa a posterior realização de licitações para terceirização de desenvolvimento e manutenção de sistemas, e operação e manutenção de equipamentos (anexo I, volume I, fl. 343). O Plano Preliminar também esboçava roteiro de uma estratégia para implementação do projeto (anexo I, volume 1, fl. 347).

146. Dessa forma, verifica-se que o Plano Preliminar para Implementação das Medidas Sugeridas considerava plenamente possível a implantação da almejada modernização tecnológica do Basa de forma fragmentada, contemplando licitações para a aquisição dos diversos componentes do projeto sem, contudo, comprometer o seu sucesso, forma de implantação totalmente oposta àquela constante nos relatórios e pareceres posteriormente emitidos.” (p. 23, peça 273)

6. Esse plano técnico preliminar foi desconsiderado pela diretoria empossada em abril de 2003, que “..vislumbrou, alternativamente, a possibilidade de que nossas carências viessem a ser supridas via parceria com o Banco do Brasil – cujo panorama tecnológico há muito se encontra satisfatoriamente repaginado – **considerando a unicidade da ascendência jurisdicional e acionária que compartilhamos com ele.**” (p.4, peça 270 – grifo nosso).

7. Nessa altura, é possível concluir que a diretoria do banco assumiu o risco da nova diretriz a ser seguida para a contratação, contrariando o parecer técnico anteriormente produzido.

8. As negociações com o Banco do Brasil se deram entre maio e novembro de 2003, tendo se concluído pela inviabilidade do acordo de cooperação tecnológica pretendido (p.5, peça 270). Coincidentemente, segundo relatado no parecer da Getec, ainda em novembro de 2003, foi solicitada uma proposta técnica e comercial à empresa Cobra, cujo acionista majoritário (99%) é o Banco do Brasil.

9. A empresa Cobra teria visitado o Basa de dezembro de 2003 a julho de 2004 (p. 10, peça 270), mesmo período empregado pela Getec e Getel para “...consolidar convicções e averiguar opções com vistas ao que deveríamos e poderíamos fazer, de que maneira e com que velocidade.” (p. 07, peça 270). Esse prazo foi necessário para que a empresa Cobra apresentasse sua proposta (p. 13, peça 270).

10. Esse histórico torna cristalino que a escolha de quem seria contratado foi feita antes dos pareceres que concluíram pela contratação da Cobra, ou seja, as áreas técnicas prepararam seus pareceres para embasar decisão anteriormente acertada. Essa estratégia também foi empregada na contratação da Cobra pelo Banco do Nordeste – BNB, consoante verificado no TC 010.997/2004-4.

11. Nota-se, inclusive, que as justificativas para contratação direta da Cobra passaram a ser: necessidade de manter sigilo das informações bancárias; proteção da imagem do banco, evitaria exposição da sua situação crítica na área de TI; complexidade do projeto almejado, que pela via de um processo licitatório haveria o risco de se obter uma solução que não satisfizesse a contento; e a sujeição a prazos alongados em razão de recursos protelatórios.

12. Iniciou-se, então, argumentação para que a empresa Cobra pudesse ser enquadrada na situação de inexigibilidade de contratação por inviabilidade de licitação. A inviabilidade defendida pelo Basa foi baseada na necessidade de preservar a instituição de exposição de suas fragilidades na área de TI. Ora, a Sefti deixou bem claro que essa exposição não se justificaria. Não há revelações de informações estratégicas. A descrição minuciosa e técnica das necessidades de TI não significa dizer que sua área está crítica, mas que se pretende modernizá-la. Todas as instituições passam por isso. O risco da possível contratação de empresas que prestam serviços a outros bancos, também não justifica. São empresas de porte (IBM, HP, Itautech, CPM, Eletrodados), com ampla atuação no mercado.

13. Várias contratações de empresas privadas são realizadas pelo governo federal e por empresas públicas. Muitas vezes, nessas contratações, a contratada tem acesso a informações estratégicas, sendo o assunto tratado de forma sigilosa e de mercado. Não se busca empresa pública por essa razão. Ou seja, a característica de ser controlada pela União ou suas empresas não pode ser considerada decisiva para uma contratação, como se pode perceber nos pareceres que antecederam a contratação da Cobra. Assim, não se sustenta a tese de inviabilidade de competição fundamentada nesses argumentos para contratação da Cobra por inexigibilidade de licitação, caindo por terra o enquadramento no *caput* do art. 25 da Lei de Licitações.

14. Resta examinar o enquadramento no inciso II do art. 25 acima referenciado, como apontou o consultor jurídico do banco. A notória especialização da empresa Cobra foi assumida por prestar serviços ao Banco do Brasil, esquecendo-se que esse banco tem uma grande estrutura interna de desenvolvimento de sistemas. Não foram sequer examinados os tipos de serviços prestados pela Cobra ao BB, como forma de atestar que o serviço específico a ser contratado já tinha sido realizado pela empresa nesse banco.

15. Várias empresas prestam serviços à Caixa Econômica Federal e a outros bancos. O então consultor jurídico caracterizou a notória especialização da contratada em motivos outros que não técnicos. Prova disso foram os inúmeros contratamentos ocorridos durante o contrato, vários deles decorrentes do desconhecimento do assunto bancário pela Cobra, conforme foi ressaltado pela Sefti:

“49. Entre as causas dos atrasos atribuídos à contratada podem ser citadas, conforme o relatório de mediação, a escolha inadequada de fornecedores pela empresa Cobra, a substituição de soluções inservíveis

às necessidades do Basa, o levantamento falho de requisitos para a execução dos Sistemas do Banco de Desenvolvimento e a troca de fornecedores em algumas frentes do PET, a exemplo dos Sistemas do Banco de Desenvolvimento (peça 20, p. 44 e 49; peça 19, p. 18 e 19).

50. Por sua vez, essas causas tiveram sua origem em falhas da contratada na execução do projeto, como planejamento e análise de riscos inadequados, escolha de ferramentas que não atendiam às necessidades do Basa, omissão na gestão e integração dos fornecedores, e desconhecimento de normas pertinentes ao setor bancário, entre outras. Tudo isso após a empresa Cobra ter sido contratada por inexigibilidade de licitação tendo como justificativa seus notórios conhecimentos no ramo bancário.”

16. Nesses termos, acompanho o entendimento da unidade técnica de imputar a responsabilidade dessa contratação à diretoria, decisão essa agravada, principalmente, pelas consequências desastrosas para as duas instituições públicas. O projeto se arrasta há oito anos e angaria prejuízos financeiros à Cobra e ao Basa, que viu suas perspectivas de atualização tecnológica atrasarem sensivelmente, como verificado no relatório que precedeu este voto. A decisão condenou o Basa a muitos contratamentos e atrasos em sua modernização, com desgaste de oito anos de negociações constantes, o que demonstra a gravidade da decisão adotada. Em face dessas consequências, o ato praticado enseja a aplicação de multa máxima a seus dirigentes.

17. Não há como isentar de responsabilidade, de igual forma, o consultor jurídico, uma vez que o parecer exarado não atendeu o intento do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993. Pela sua leitura, nota-se que essa peça não foi isenta. Aceitou, sem discussão, a argumentação superficial trazida pela área técnica, deixando que se direcionasse sua opinião, de modo a atender o anseio da administração do banco.

18. Extraí-se, do parecer jurídico, afirmações do tipo:

“..a realização do certame licitatório frustraria, como registra a doutrina acima, o alcance do bem jurídico – interesse público - que se pretende perseguir, por isso sugestão de aceitar a proposta mais adequada e mais vantajosa que pareceu ao agente administrativo, que deposita confiança especial na empresa a ser contratada”(p. 06, peça 269 – grifo nosso);

“Demonstrada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade dentro do campo da discricionariedade administrativa,” (p. 06, peça 269)

19. Ora, a contratação direta não é ato discricionário dos administradores. Pelo contrário, é ato vinculado, que deve atender de forma clara os requisitos legais, já que a regra é a da licitação, procedimento esse de envergadura constitucional (art. 37, inciso XXI, da CF). Ademais, o interesse público maior está no atendimento às leis emanadas do Poder Legislativo, que expressam valores e prioridades que a sociedade brasileira entende legítimos.

20. O papel do consultor jurídico de uma empresa pública é zelar pelo cumprimento das normas do Direito Administrativo, expondo de forma clara riscos e possíveis descumprimentos de requisitos legais na contratação nos termos eventualmente pleiteados. Esse cuidado não foi identificado no parecer exarado.

21. Na verdade, o parecer jurídico foi confeccionado, como observado acima, para respaldar a situação exposta pelo parecer técnico. Desse modo, restou caracterizado que a contratação violou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, bem como os arts. 2º e 3º da Lei de Licitações.

22. Corroboro, igualmente, as análises da Sefti relativas à ausência de pesquisa de preços de mercado, de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários e de justificativa de preços. Compulsando os autos da contratação, não se localiza um documento de autoria do Basa no qual tenha ficado evidenciado que o banco fez as pesquisas ou orçamentos devidos, muito menos o projeto básico. Pelo contrário, foram adotados, na íntegra, documentos e valores pesquisados e apresentados pela empresa Cobra. Não há como escusar a diretoria nem as áreas técnicas relativamente a essa falha,

primária e imprescindível a toda contratação pública. Ou seja, se delegou à empresa Cobra a incumbência de definir o que seria necessário para a contratação, desde o projeto das necessidades do Basa, à justificativa de preços, à escolha de fornecedores e das melhores alternativas para a instituição bancária. O Basa se afasta dessas decisões sob o argumento de que contratou empresa integradora de soluções para isso. Seguem trechos da análise efetuada pela Sefti que corroboram essas afirmações:

“93. De fato, o Basa absteve-se de elaborar estudos e planejamento adequados à implantação gradual das soluções tecnológicas vislumbradas, forma inicialmente prevista no documento intitulado Plano Preliminar de Trabalho para Implementação das Medidas Sugeridas (anexo 1, volume I, fls. 340-347), elaborado em fevereiro de 2003 pelo seu então Gerente de Soluções Tecnológicas. Quando muito, o Banco deteve-se em pareceres e relatórios superficiais incapazes de detalhar a solução a ser contratada, bem como de estimar, de modo realístico, o impacto das alterações propostas no seu negócio.

94. Tome-se como exemplo a inexistência, no processo de contratação, de estudos técnicos preliminares, cuja elaboração é mandatória segundo o inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993. A elaboração dos estudos técnicos preliminares constitui a primeira etapa do planejamento de uma contratação e serve essencialmente para assegurar a sua viabilidade técnica e embasar o termo de referência ou projeto básico. Ressalte-se que a celebração do Contrato 2004/224 sequer foi precedida de elaboração de projeto básico.

95. No caso em análise, os estudos técnicos preliminares contemplariam, entre outros, identificação das necessidades da organização; elaboração de pesquisa e estudo das soluções existentes no mercado; possibilidade e forma de integrá-las; especificação dos requisitos para atendimento das necessidades da instituição; estratégias para implantação do projeto; definição da arquitetura do parque tecnológico necessário para acomodar a solução; e levantamento das condições da infraestrutura das instalações físicas em que seriam alojados os equipamentos necessários à solução. É oportuno lembrar que problemas de infraestrutura elétrica ocasionaram atrasos na implantação do PET (volume I, fi. 199v). A elaboração de estudos técnicos preliminares possivelmente mitigaria o risco de ocorrência desse problema.

96. Ainda há que se falar acerca do Relatório de Especificação Técnica (anexo 8, fls. 6996), de 28/11/2003. Esse documento foi encaminhado à empresa Cobra, por intermédio da Carta Getec 2003/057 (anexo 8, fls. 66-67), solicitando a elaboração de proposta técnica/comercial para a implantação do PET. A análise desse relatório mostra sua superficialidade e incompletude, não servindo ao propósito de fundamentar uma proposta técnica criteriosa. Na verdade, o Relatório de Especificação Técnica relaciona, basicamente, aspirações dos gestores do Basa, premissas e características desejáveis da solução que seria contratada de forma pouco profunda e genérica.” (p.16, peça 273).

(...)

“135. Por meio da prospecção das ferramentas existentes no mercado, do real delinearmento do objeto, da identificação dos componentes do projeto e da rigorosa descrição técnica de suas partes ainda em fase de planejamento, mesmo que assessorado por empresa de consultoria especializada, o Basa estaria apto a especificar as soluções mais adequadas às suas necessidades. No entanto, a especificação e a escolha dos componentes do PET couberam à empresa Cobra, possibilitando ao Basa, no âmbito do Contrato 2004/224, a aquisição de diversos equipamentos e serviços sem a abertura dos devidos processos licitatórios, em flagrante infringência ao disposto nos arts. 2º, 3º e 25 da Lei 8.666/1993.

136. Em relação às escolhas da empresa Cobra, ainda é oportuno destacar que, como dito anteriormente no item 96 desta instrução, a sua proposta técnica e comercial foi solicitada por intermédio da Carta Getec 057 (anexo 8, fls. 66-67), de 28/11/2003, a qual foi anexada o Relatório de Especificação Técnica (anexo 8, fls. 69-96), cujo conteúdo, por sua incompletude e superficialidade, é incapaz de conduzir à produção de proposta minimamente detalhada, como a apresentada pela contratada às vésperas da celebração do contrato em estudo (anexo I, volume 8, fls. 1.645-1.892).

137. Ainda que o referido relatório destaque a necessidade da análise *in loco* de suas definições pela empresa Cobra com vistas à identificação "exata das necessidades do Banco da Amazônia" (anexo 8, fl. 96), a elaboração da detalhada proposta técnica/comercial possivelmente foi resultado da realização de amplo trabalho de consultoria informal e gratuita, atividade que, também, possivelmente, envolveu dispendiosos recursos da empresa Cobra sem, no entanto, haver contrato para tanto, tampouco garantia de sua futura contratação para a implantação de um projeto de sua autoria. Corrobora esse entendimento o Parecer Getec

12, de 6/8/2004, segundo o qual o Basa franqueou visitas à empresa Cobra no período de dezembro de 2003 a julho de 2004 (anexo 2, fl. 8).” (p.21/22, peça 273)

23. Pelos trechos transcritos, mais uma vez resta evidente que a contratação teve como norte o decidido pela diretoria empossada em 2003, sem nenhum estudo técnico que a embasasse. Pelo contrário, a partir dessa diretriz, constata-se uma série de pareceres sem fundamentação técnica, que buscavam legitimar a contratação já decidida. Os técnicos do Basa deixaram de cumprir sua obrigação legal de produzir um projeto básico, orçar tal projeto e realizar a pesquisa de preços obrigatória. Nesse caso, todas essas etapas foram realizadas pela contratada, não pela contratante.

24. Relativamente à não divisibilidade do objeto contratado, assiste razão à unidade técnica. O principal argumento dos técnicos do Basa foi a necessidade de integração entre componentes do projeto. Nesse ponto, a Sefti argumentou, com propriedade, que essa integração se dá pela especificação minuciosa de suas partes e de suas interfaces. Além disso, alguns dos componentes envolvidos nessa contratação global não eram diretamente afetados por esse requisito, como era o caso dos servidores, equipamentos de rede, softwares de monitoramento de equipamentos e serviços de manutenção dos sistemas legados. Esses itens corresponderam a aproximadamente 35% do total originalmente contratado e poderiam, tranquilamente, ser adquiridos de forma independente.

25. Outro argumento utilizado pelos técnicos para justificar a contratação global – o de que, para garantir que todos os aplicativos operassem sob uma mesma base de dados, seria fundamental que sua aquisição se desse dentro de um único escopo – também se mostrou desarrazoado. Se tal premissa fosse verdadeira, haveria impossibilidade de futuras aquisições com vistas à incorporação de novos sistemas ou substituição daqueles que se tornarem obsoletos. A cada modernização ou substituição, seria necessária a aquisição de todos os sistemas novamente, no âmbito de nova contratação global. Assim, restou caracterizada a fuga à licitação para compra de itens divisíveis, violando o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993. Respondem por isso os técnicos, que tinham como obrigação alertar sobre esses aspectos do objeto a ser contratado.

II

26. No que toca às diligências efetuadas, restou esclarecido que o Basa não realiza pagamentos à Cobra desde 2008, em cumprimento à cláusula Quinta do 17º Termo Aditivo do Contrato 2004/224, que estabeleceu que o saldo financeiro contratual relativo aos produtos e serviços não pagos somente seria objeto de pagamento após efetiva entrega de todos os sistemas definidos naquele termo.

27. Pelo levantamento efetuado pela Sefti, o Basa já pagou à Cobra o valor de R\$ 168.223.395,47, enquanto o valor total do contrato passou para R\$ 186.807.605,38 após o 18º Termo Aditivo. Desse modo, resta pagar cerca de R\$18.584.210,00, enquanto o superfaturamento apontado atinge a cifra de R\$ 11.564.967,04.

28. O fato de a empresa Cobra alegar que já teve custos no valor de R\$ 280.453.088,69 (ajustado pela Sefti para R\$ 252.219.477,24), não é suficiente para eliminar esse superfaturamento, uma vez que restou comprovado que os gastos elevados na execução do contrato decorreram da própria ineficiência da contratada (v, item 13, retro). Não há como transferir mais esse custo para a contratante. Ressalto que, em abril de 2012, o projeto ainda se encontrava inconcluso, tendo a urgência do Basa se arrastado por oito anos.

29. Também considero descabidos os questionamentos da Cobra acerca do método de cálculo adotado para apurar superfaturamento. A Sefti adotou o percentual de 25% bruto do valor de cada uma das subcontratações realizadas no âmbito do projeto. Esse percentual foi retirado de informações prestadas pela própria empresa ao esclarecer como se dá sua atuação no mercado.

30. Endosso, igualmente, a determinação e recomendações propostas, inclusive a autorização para que seja instaurado processo de tomada de contas especial, caso não haja retenção dos pagamentos concernentes ao valor ora impugnado e apontado como superfaturamento no presente processo. O acompanhamento da determinação ora proposta deve ser efetuado pela Secex/PA.

Ante o exposto, voto no sentido de que seja aprovada a minuta de deliberação que submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 21 de novembro de 2012.

ANA ARRAES
Relatora