



Acórdão 00906/2020-8 - Plenário

Processo: 08274/2015-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

Exercício: 2014

UG: BANESTES - Banco do Estado do Espírito Santo S/A

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: CA PROGRAMAS DE COMPUTADOR, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA.

Responsável: GUILHERME GOMES DIAS, BRUNO CURTY VIVAS, PAULO EMANUEL FONSECA DOMINGUES TAVARES, PEDRO PAULO BRAGA BOLZANI, ANSELMO MAGESKI, CELSO NUNES DE ALMEIDA, JOAO VITOR CARMO GUIMARAES, KATIA RIOS FERREIRA

Procuradores: BARBARA DALLA BERNARDINA LACOURT (OAB: 14469-ES), CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS (OAB: 12142-ES), RICARDO PAGLIARI LEVY (OAB: 32789-DF, OAB: 164809-RJ, OAB: 155566-SP), SOFIA PRETO VILLA REAL (OAB: 356253-SP), MARIANA FERNANDES BELIQUI (OAB: 15918-ES), AMANDA LOYOLA GOULART (OAB: 24474-ES), MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES (OAB: 14007-ES)

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
AUDITORIA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE
PASSIVA - PROJETO BÁSICO/TERMO DE
REFERÊNCIA DESPROVIDO DE ESTUDO TÉCNICO
PRELIMINAR-PREÇOS CONTRATADOS NÃO
COMPATÍVEIS COM OS PREÇOS DE MERCADO E
SUPERFATURAMENTO - AUSÊNCIA DE PESQUISA
DE PREÇO - CRITÉRIO DE QUALIFICAÇÃO
ECONÔMICO FINANCEIRO INSUFICIENTES-
AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO ADEQUADO,
AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DO CERTAME E
INDICAÇÃO DO PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO-
PESQUISAS DE PREÇOS NO MERCADO
INCONSISTENTES E IRREGULARES-INCLUSÃO DE
ITENS RESTRITIVOS A LIVRE COMPETIÇÃO NO**

**CERTAME – REGULAR – RECOMENDAÇÃO -
DETERMINAÇÃO – CIÊNCIA - ARQUIVAMENTO.**

1. A mera alegação de *culpa in vigilando* ao assinar um contrato, sem que estejam expressamente definidos os requisitos para tal, não é capaz de atribuir responsabilidade ao gestor.
2. O serviço (software) contratado pelo Banestes não se tratava de um serviço comum, mas sim de um serviço especializado, contando com o caráter de singularidade para o seu desenvolvimento
3. Um único contrato não pode servir como base para alegação de sobrepreço.
4. Não pode se considerar errôneo ou mesmo irregular a realização de pesquisa de preços baseada em três orçamentos.
5. Envio de recomendação para a análise da adequação dos valores considerados em vista da realidade de mercado e a ampliação e diversificação das fontes das informações coletadas com o objetivo de definir o valor estimado da contratação.
6. Não cabe à equipe de auditoria decidir pela instituição financeira qual solução seria a melhor solução para atender as suas necessidades.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:**I. RELATÓRIO**

Tratam os autos de auditoria ordinária realizada no Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES – em cumprimento ao Plano Anual de Fiscalização 2015 – PAF 2015 – deste Tribunal de Contas e ao Termo de Designação 192/2015, referente ao exercício de 2014, cuja gestão foi de responsabilidade do senhor Guilherme Gomes Dias – Diretor Presidente.

Dos trabalhos resultou o Relatório de Auditoria RA-O 02/2016-7 em que foram identificados indícios de irregularidades, posteriormente reproduzidos na Instrução Técnica Inicial ITI 205/2016-6, nos termos da qual foi prolatada a Decisão Plenária 1193/2016-9, promovendo-se a citação dos responsáveis, Srs. Guilherme Gomes Dias – Diretor Presidente, Bruno Curtis Vivas - Diretor Jurídico e Administrativo, Celso Nunes de Almeida – Diretor de Tecnologia, Katia Rios Ferreira – Gerente de

Projetos - GEINF/COSUT, João Vitor Carmo Guimarães – Coordenador – GEINF/COSUT, Anselmo Mageski – Pregoeiro e Coordenador de Compras de Bens Materiais – COBEM, Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares – Gerente geral de infraestrutura tecnológica, Pedro Paulo Braga Bolzani – Diretor de Tecnologia, para apresentação de justificativas e documentos, no prazo de 30 dias improrrogáveis.

Devidamente citados, os responsáveis supracitados apresentaram justificativas às fls. 1643 e ss.

O Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF elabora Instrução Técnica Conclusiva ITC 01848/2020-1 (peça 53), opinando pelo seguinte:

3 CONCLUSÃO / RESPONSABILIDADES

3.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 02/2016-7 no Banco do Estado do Espírito Santo – Banestes –, relativo ao exercício de 2014, entende-se que devem ser mantidas as irregularidades analisadas nos seguintes itens desta Instrução Técnica Conclusiva:

3.1.1 Projeto básico/termo de referência desprovido de estudo técnicos preliminar. (Item 2.1 do RA-O 02/2016-7)

Base legal: Infringência ao disposto nos artigos 7º, I c/c art. 6º, IX, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993

Agente responsável:

Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares – Gerente geral de infraestrutura tecnológica.

3.1.2 Pesquisas de preços no mercado inconsistentes e irregulares (Item 2.7 do RA-O 02/2016-7)

Base legal: Ofensa ao art. 5º e art.15, III e V, art. 43, IV, da Lei Federal n. 8.666/93, desrespeito ao Princípio da Eficiência e Economicidade, caput do art. 37 da CF/88, c/c infringência ao art. 36, I do Estatuto Social do BANESTES e infringência aos arts. 153 e 154 da Lei n.6.404/76

Agentes responsáveis:

Bruno Curtis Vivas - Diretor Jurídico e Administrativo DIJAU

Celso Nunes de Almeida – Diretor de Relações com Investimento e Finanças

João Vitor Carmo Guimarães - Coordenador

Katia Rios Ferreira - Gerente de Projetos – GEINF/COSUT

Anselmo Mageski – Pregoeiro e Coordenador de Compras de Bens Materiais

3.2. Isto posto e diante do preceituado no art. 319, §1º, IV¹, da Res. TC 261, de 04 de junho de 2013, conclui-se opinando por:

3.2.1. Rejeitar parcialmente as razões de justificativas dos senhores Bruno Curtis Vivas, Celso Nunes de Almeida, João Vitor Carmo Guimarães, Katia Rios Ferreira e Anselmo Mageski, em razão da irregularidade disposta no item 2.6 desta Instrução Técnica Conclusiva, sugerindo a aplicação de multa aos responsáveis com amparo no artigo 37, III, e na forma do artigo 135, ambos da Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 2012;

¹ IV - a conclusão, com a proposta de encaminhamento

3.2.2. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares, em razão da irregularidade dispostas nos itens 2.1, sugerindo a aplicação de multa ao responsável com amparo no artigo 37, III, e na forma do artigo 135, ambos da Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 2012;

3.2.3. Determinar, com amparo no inciso III², do artigo 57 da LC 621/2012, ao atual Gestor da área de Tecnologia da Informação do Banestes que:

3.2.3.1. Quando realizar contratações na área de TI respeite as fases de planejamento previstas na Lei 8666/93, com as sugestões contidas no guia de boas práticas de contratações em TI do TCU;

3.2.4. Recomendar, com base no inciso XXXVI³, do artigo 1º, da Lei Complementar 621/2012, ao atual gestor do Banestes seja incluído em cada processo de pregão o ato de designação do Pregoeiro e de sua equipe.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer 01851/2020-2 (peça 58) da 2ª da Primeira Procuradoria de Contas, da lavra do Procurador de Contas Dr. Luciano Vieira, pugna pelo seguinte:

3.1 – seja rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada por Guilherme Gomes Dias;

3.2 – com espeque no art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012, seja cominada multa pecuniária a Bruno Curty Vivas, João Vitor Carmo Guimarães, Guilherme Gomes Dias, Celso Nunes de Almeida, Anselmo Mageski e Kátia Rios Ferreira, em decorrência da irregularidade elencada no item 2.7 do RA-O 02/2016-7, e a Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares, em razão da irregularidade descrita no item 2.1 do RA-O 02/2016-7;

3.3 – seja resolvido o processo com resolução de mérito em face de Pedro Paulo Braga Bolzani, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC c/c art. 70 da LC n. 621/12 e art. 207, inciso III, do RITCEES;e

3.4 – nos termos do art. 1º, inciso XVI, do RITCEES, sejam expedidas as determinações e recomendações sugeridas pela Unidade Técnica às fls. 43/44 da ITC 01848/2020-1.

É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 PRELIMINARMENTE

II.1.1 Da alegação de ilegitimidade passiva do Sr. Guilherme Gomes Dias.

² Art. 57. Na fase de instrução, havendo indícios de irregularidade, cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator:
[...]

III - determinar a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

³ Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXVI - expedir recomendações para a correção de impropriedades verificadas no exercício do controle externo;

Da análise do Pregão Presencial: nº 084/14 pela equipe de auditoria, cujo Objeto era o fornecimento de equipamento de segurança criptográficos em Hardware (Hardware Security Module - HSM) e serviços de instalação, configuração, ativação, treinamento, atualização tecnológica, suporte técnico local e remoto, manutenção e garantia, no valor: R\$ 571.221,20 (Quinhentos e setenta e um mil, duzentos e vinte e um reais e vinte centavos), foi imputada responsabilidade ao Sr. Guilherme Gomes Dias, que ocupava o cargo de Diretor Presidente do Banestes S/A., no período de 01/01/2014 a 31/12/2014 em razão da culpa *in vigilando* pois ao assinar o contrato 109800/14 não observou que poderia existir supostas inconsistências.

Quando da análise conclusiva, a área técnica manifesta-se pela ilegitimidade do Sr. Guilherme Gomes Dias com os seguintes argumentos:

(...), o mero fato de assinar o contrato não o torna responsável pela irregularidade em tela. A alegação pela equipe de auditoria de que agiu em *culpa in vigilando* não é suficiente para responsabilizá-lo, pois a equipe não apontou os requisitos mínimos da *culpa in vigilando*, que seriam a falta de fiscalização e o dever legal de fiscalizar tal ato ilegal.

De forma bastante sucinta, é basilar que o Diretor Presidente de uma instituição não tem o dever legal de fiscalizar se a pesquisa de preços realizada se deu da forma que a legislação impõe, pensar de tal forma importaria ônus impossível de ser cumprido, obrigando o gestor máximo do órgão a fiscalizar todos os procedimentos administrativos do órgão, ou seja fiscalizar todos os seus colaboradores em todos os atos praticados por eles. Desta forma, como não tinha o dever legal de fiscalizar tal minúcia do procedimento, havendo agentes responsáveis e subalternos para tal mister, não pode ser responsabilizado pela ausência de fiscalização.

Além disso, a auditoria não se desincumbiu de papel de comprovar a aplicação da teoria, não cabendo a responsabilização do defendente apenas pela alegação de tal teoria, isto é, não foi demonstrado como o presidente do órgão deveria fiscalizar tal tarefa e se ele detinha dever legal de fiscalização da pesquisa de preços de um processo licitatório.

Por sua vez o Ministério Público de Contas no Parecer 01851/2020, através do Procurador Luciano Vieira, discorda do entendimento da área técnica e manifesta-se por rejeitar a alegação de ilegitimidade do Sr. Guilherme Gomes Dias, com a seguinte fundamentação:

Não merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada por Guilherme Gomes Dias, visto que o princípio da segregação de função não isenta de responsabilidade a autoridade superior que homologa o procedimento licitatório ou assina o contrato do dever de verificar a legalidade e conveniência dos elementos componentes do certame. Lucas Rocha Furtado (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 419) vaticina que “a homologação corresponde à manifestação de concordância da autoridade, competente para assinar o

contrato, com os atos até então praticados pela comissão”. O Tribunal de Contas da União, reiteradamente, tem acentuado que a autoridade que homologa o procedimento licitatório não está isenta de verificar possíveis vícios existentes no procedimento (Acórdão n. 9117/2018-Segunda Câmara, rel. Ana Arraes, 25/09/2018; Acórdão n. 4843/2017- Primeira Câmara, rel. José Mucio Monteiro, 20/06/2017; Acórdão n. 1018/2015-Plenário, rel. Vital do Rêgo, 29/04/2015; Acórdão n. 3294/2014-Plenário, rel. Benjamin Zymler, 26/11/2014; Acórdão n. 4791/2013-Segunda Câmara, rel. Ana Arraes, 13/08/2013; Acórdão n. 137/2010-Plenário, TC015.583/2002-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 03.02.2010 e Acórdão n. 09/2005 Plenário - Voto do Ministro Relator). Dessa forma, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva aduzida pelo Diretor-Presidente da Instituição Financeira.

Exponho minhas razões.

Compulsado os autos observamos que a culpabilidade do gestor foi assim aferida pela equipe de auditoria:

Ao assinar o contrato n fl.154, teve conhecimento dos autos e da fragilidade da pesquisa de preços, logo, teve culpa in vigilando. Ao não exercer suas prerrogativas previstas no art. 36, I do Estatuto Social do Banestes, sem as diligências necessárias, agiu em desconformidade para com os princípios da Eficiência e Economicidade e demais normas legais.

Em suas conclusões a área técnica ressalta, com razão, que o mero fato de assinar o contrato não torna o gestor responsável pela irregularidade. Diz o copo técnico que a alegação pela equipe de auditoria de que agiu em *culpa in vigilando* não é suficiente para responsabilizá-lo, pois a equipe não apontou os requisitos mínimos para configurá-la.

Em linha com recente precedente consubstanciado no Acórdão 253/2018 – Plenário de relatoria do conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Processo: 1628/2017) cujo cerne guarda semelhança com o caso epigrafado e, portanto, se amolda adequadamente ao caso dos autos:

De fato, a sua assinatura no contrato, por si só, não a responsabiliza por erros eventualmente cometidos por agentes em atos que o antecederam, melhor explicando, sua conduta foi respaldada por quem tinha competência para avaliar a questão técnica que envolve o caso.

Nesse sentido, a responsabilização da Srª (...) - **Diretora** Geral do DER-ES, deve ser afastada, no que se refere ao item 3.1.1 da Manifestação Técnica 1446/2017, que trata de “Inexistência de Orçamento detalhado”, por lhe faltar o nexo causal que comprove que sua conduta provocou diretamente a irregularidade em questão, devendo ser imputada a quem mais perto que se encontrava na cadeia decisória da eventual falha cometida.

No mesmo sentido é o Acórdão TC 124/2018 – Plenário (Processo TC 2376/2017), vejamos:

Não podemos aqui exigir que a autoridade máxima de um órgão examine todos os atos praticados pelas pessoas que lhe são subordinadas, deve-se destacar a responsabilidade direta de outros agentes públicos. Partimos do entendimento de que os atos praticados pelos antecessores estão corretos e não evados de vícios, porque seria desumano exigir que o Ordenador refaça todos os atos por eles praticados. Assim sendo, é de extrema importância a realização da matriz de responsabilidade no referido processo.

O Tribunal de Contas da União, também, já consagrou como critério de imputabilidade a responsabilidade subjetiva, exigindo-se, portanto, para a responsabilização do agente público naquela Corte a identificação da conduta ilícita omissiva ou comissiva, de dano ao erário, do nexos de causalidade entre este e aquela, bem como a presença do dolo ou culpa em sentido estrito, negligência, imperícia ou imprudência, destacando a importância do quadro matriz de responsabilidade em trabalhos de auditoria e prestação de contas.

Diante do exposto entendo que a mera alegação de culpa in vigilando ao assinar um contrato, sem que estejam expressamente definidos os requisitos para tal, não é capaz de atribuir responsabilidade ao gestor. E por esse motivo e acompanhando a jurisprudência deste Tribunal de Contas, acato a ilegitimidade de parte do Sr. Guilherme Gomes Dias (à época, diretor-Geral do Banestes S/A), nos presentes autos.

II.2 DAS IRREGULARIDADES CONSTANTES DA ITC 1848/2020

Passo a analisar os indicativos de irregularidades, consubstanciados na Instrução Técnica Conclusiva ITC 01848/2020-1, para e exponho minhas considerações:

II.2.1 Projeto básico/termo de referência desprovido de estudo técnicos preliminar. (Item 2.1 do RA-O 02/2016-7) - Base legal: Infringência ao disposto nos artigos 7º, I c/c art. 6º, IX, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Objeto: Processo GEINF 04/2014 (10157-5) – Edital de Pregão Presencial nº 18/2014. Contrato: nº 106257 - CA Programas de Comp., Part. e Serviços Ltda.

Objeto: Atualização tecnológica de produtos CA, com suporte técnico, manutenção, atualização de versão, serviços e treinamentos.

Valor: R\$7.000.073,00

Vigência: 36 meses a partir de 28/03/2014

Agente responsável:

- **Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares** – Gerente geral de infraestrutura tecnológica.

Ressalta a Equipe de Auditoria que a realização da fase de planejamento na contratação de TI é obrigatória, ainda que se trate de dispensa ou inexigibilidade, ou até mesmo adesão a ata de registro de preços de outra administração, conforme a Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX.

Nesse sentido, alega que não há nenhuma documentação no Processo Banestes nº 10157-5 que comprove a realização do estudo técnico preliminar para verificação da viabilidade da contratação, nos termos das normas e boas práticas de contratações de TI.

O defendente, Sr. Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares, em síntese, alegou que deixou de atuar como gerente geral de infraestrutura tecnológica em 17/07/2014, tendo passado a exercer outras atribuições, quando se aposentou em 09/01/2015, não sendo responsável pela irregularidade em tela.

Afirmou que o Banestes já possuía softwares da empresa contratada ao longo de quase duas décadas, onde foram investidos altos valores em atualização e aquisição de softwares, bem como foram realizados altos investimentos no desenvolvimento de programas e serviços de forma a compatibilizá-los com os produtos adquiridos.

Por fim, alegou que existiu planejamento para a contratação por meio do Termo de Referência.

A Área Técnica afasta a *“alegação de que o defendente teria se afastado de suas funções e não poderia ser responsabilizado por esta irregularidade”*, uma vez que a contratação em tela se deu em 28/03/2014, isto é, no período em que o mesmo se encontrava no exercício de suas funções no Banestes, tendo assim praticado atos atinentes à contratação em tela.

Verifica a Área Técnica, por meio da demonstração dos requisitos presentes no Termo de referência, que não houve a sua implementação de forma completa, razão pela qual assevera que a irregularidade deve ser mantida, porém afastada a aplicação de multa ao responsável com determinação ao atual gestor do setor responsável pela TI do Banestes.

No entanto, no parágrafo derradeiro, sugere a manutenção da irregularidade, com aplicação de multa pecuniária ao defendente e a determinação ao atual gestor da área de Tecnologia da Informação do Banestes no sentido de que quando realizar contratações na área de TI respeite as fases de planejamento previstas na Lei 8666/93, com as sugestões contidas no guia de boas práticas de contratações em TI do TCU.

Pois bem.

Trata-se da análise do Pregão Presencial nº 18/2014 que tinha por objeto a atualização tecnológica de produtos CA, com suporte técnico, manutenção, atualização de versão, serviços e treinamentos.

Conforme descrito no Relatório de Auditoria RA-O 02/2016, não há nenhuma documentação no Processo Banestes nº 10157-5 que comprove a realização do estudo técnico preliminar para verificação da viabilidade da contratação, nos termos das normas e boas práticas de contratações de TI. Segundo a equipe de auditoria, o estudo Técnico resulta no Termo de Referência.

Na defesa, os responsáveis afirmam que não havia necessidade de estudo para a adequação dos softwares uma vez que o Banestes já os possuía da empresa contratada ao longo de quase duas décadas, *onde foram investidos altos valores em atualização e aquisição de softwares, bem como foram realizados altos investimentos no desenvolvimento de programas e serviços de forma a compatibilizá-los com os produtos adquiridos.*

Analisando detidamente os autos, considero plausível a justificativa apresentada pelo responsável ao explicar da desnecessidade de projeto básico em razão da natureza do software já utilizado no Banestes. Seria mais dispendioso para a Administração Pública contratar uma empresa que necessitasse criar

um **software** que atendesse as demandas específicas de o Banestes, pois, seria incompatível com a necessidade do órgão em análise.

No caso concreto não poderiam ser utilizados os chamados “**software** de prateleira”, ou seja, um produto comum, padronizado, que pode ser usado indiscriminadamente por empresas de vários ramos. E não era este o serviço que o Banco buscava, mas sim, um **software** que fosse capaz atender às suas necessidades, de modo que podemos concluir que o serviço contratado pelo Banestes não se tratava de um serviço comum, mas sim de um serviço especializado, contando com o caráter de singularidade para o seu desenvolvimento.

Por essa razão, em atendimento ao princípio da economicidade e da razoabilidade, divergindo do entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **afasto a presente irregularidade.**

II.2.2 Preços contratados não compatíveis com os preços de mercado e Superfaturamento (Item 2.2 e 2.4 do RA-O 02/2016-7 - **Base legal:** Inobservância aos artigos 43, IV e 15, V, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Objeto: Processo GEINF 04/2014 (10157-5) – Edital de Pregão Presencial nº 18/2014.

Contrato: nº 106257 - CA Programas de Comp., Part. e Serviços Ltda.

Objeto: Atualização tecnológica de produtos CA, com suporte técnico, manutenção, atualização de versão, serviços e treinamentos.

Valor: R\$7.000.073,00

Vigência: 36 meses a partir de 28/03/2014

Pagamento: 36 meses para as licenças

Agentes responsáveis:

- **Guilherme Gomes Dias** – Diretor Presidente.
- **Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares** – Gerente geral de infraestrutura tecnológica.
- **Pedro Paulo Braga Bolzani** – Diretor de Tecnologia.

A presente irregularidade aponta suposto superfaturamento e sobrepreço em contratação de softwares pelo Banestes, tendo sido juntados os itens 2.2 e 2.4 do RA-O 02/2016-7, por se tratarem do mesmo objeto e mesma irregularidade.

Os Defendentes, em apertada síntese, apresentaram um mapa comparativo (da defesa do Sr. Bruno e demais defendentes), com todos os itens constantes no grupo

de licenças referentes aos contratos do Banestes, do Banese e da Cepromat, contratos comparados na auditoria.

Em suas alegações, afirmaram que apenas 5 itens do contrato do Banestes são iguais aos do contrato do Banese, existindo itens com preços superiores e com preços inferiores, o que aduziram ser normal, haja vista que tratam de objetos diferentes, com quantidades diferentes e contratados em períodos distintos, cerca de seis meses de diferença.

Questionaram a forma comparativa utilizada pela equipe de auditoria, onde se estribou em apenas um contrato para afirmar tratar-se de sobrepreço ou superfaturamento, mesmo, porque, tal contrato (contrato comparativo Cepromat) se originou de uma adesão à ata de registro de preços.

Com efeito, apontaram que não houve averiguação se os valores praticados pelo mercado são superiores, em contraposição ao que praticado pelo Banestes, que teve quatro propostas comerciais acostadas em sua licitação e que para avaliação da vantajosidade da contratação, segundo os defendentes, deveriam existir mapas comparativos avaliados sob a mesma metodologia, na forma do entendimento do TCU, o que não foi realizado.

Aduz a Área Técnica, em resumo, que a análise levada a efeito pela equipe de auditoria demonstra a existência de divergência no preço de alguns objetos adquiridos pelo Banestes, entretanto padece de alguns elementos essenciais na responsabilização por dano ao erário, que acabam por impossibilitar a responsabilização dos gestores. A área técnica ressalta que não há lastro probatório adequado para responsabilização por dano ao erário tendo por mapa comparativo de preços apenas um contrato, que nem mesmo abarca grande quantidade de itens idênticas aos itens constantes do contrato do Banestes. Com efeito, tal mapa deveria ter se dado com diversos contratos, de forma a se constituir o sobrepreço com base em diversas contratações, públicas e privadas.

Segundo o corpo técnico, o ônus de demonstrar o dano ao erário praticado pelo gestor é do próprio Tribunal, ou em termos técnicos, a responsabilidade dos gestores é subjetiva, devendo ser firmada a culpa dos agentes para sua posterior

responsabilização pelo dano ao erário, situação que não restou demonstrada até este momento.

Passo a expor minhas razões de decidir.

Analisando detidamente os autos verifico que a análise realizada pela equipe de auditoria indica um possível superfaturamento na aquisição de sistema de processamento de dados comparando-se os preços contratados pelo Banestes com os identificados em um único contrato realizado pelo Centro de processamento de dados do Estado do Mato Grosso. Além disso a equipe de auditoria não apresentou nenhuma tabela comparativa de preços, carecendo dessa forma dos elementos essenciais na responsabilização por dano ao erário, que acabam por impossibilitar a responsabilização dos gestores

Entendo que a área equipe de auditoria, ao imputar uma irregularidade ao gestor desincumbiu-se de apresentar provas objetivas e congruentes.

A área técnica, em suas conclusões, pondera de forma acertada, a busca da verdade real de forma se privilegiar o princípio constitucional da motivação para bem fundamentar os apontamentos deste Tribunal e pugna pelo afastamento da irregularidade.

Ante o exposto, por inexistir prova robusta do superfaturamento e sobrepreço praticado pelo Banestes, no contrato ora analisado, **acompanho o entendimento** da Área Técnica, pelos motivos supracitados, e **decido afastar a presente irregularidade.**

II.2.3 Ausência de pesquisa de preço (Item 2.3 do RA-O 02/2016-7) -**Base legal:** Inobservância aos artigos 15, inciso V e 43, IV, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Objeto: Processo GEINF 04/2014 (10157-5) – Edital de Pregão Presencial nº 18/2014.

Contrato: nº 106257 - CA Programas de Comp., Part. e Serviços Ltda.

Objeto: Atualização tecnológica de produtos CA, com suporte técnico, manutenção, atualização de versão, serviços e treinamentos.

Valor: R\$7.000.073,00

Vigência: 36 meses a partir de 28/03/2014

Pagamento: 36 meses para as licenças

Agentes responsáveis:

- **Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares** – Gerente geral de infraestrutura tecnológica.
- **Pedro Paulo Braga Bolzani** – Diretor de Tecnologia

Cinge-se a irregularidade na pesquisa de preços deficitária para a contratação de sistema de processamento de dados no valor de R\$ 7.001.474,54. No pregão presencial 018/2014 sagrou-se vencedora a empresa CA Programas de Computador, Participações e Serviços Ltda.

Nos achados de auditoria considerou-se que a estimativa de preços foi meramente para atender aos dispositivos legais não havendo competição e devido ao mercado restrito os preços das representantes podem ser influenciados pelos preços da proprietária. Tais fatos aliados à inexistência do estudo prévio denotam a falta de planejamento e da ampla pesquisa de preços necessários para se alcançar a economicidade.

O defendente, sr. Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares, alegou que a equipe técnica do Banestes juntou aos autos a tabela de preços referenciais de informática do Governo do Estado, onde se verificou que nenhum item constava da mesma.

Ademais, informou que instruiu a pesquisa de preços com base na IN 54/2014 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento do Governo Federal (SLTI/MPOG), tendo instruído a pesquisa de preços com 4 orçamentos de fornecedores do objeto do edital para definição dos preços dos produtos e serviços, conforme fls. 61/86 deste processo.

Quando ao apontamento da auditoria, de que os orçamentos apresentados eram de representantes da fabricante, aduziu que a empresa fabricante não autoriza a comercialização de seus softwares por empresas que não sejam suas representantes, tanto que as relaciona em seu site. Nesse sentido, alegou que apenas a fabricante e suas representantes podem comercializar os programas relacionadas no Termo de Referência.

Por fim, afirmou que a pesquisa de preços foi ampla com os representantes da empresa fabricante e com a própria fabricante.

Passo a expor minhas razões de decidir.

Como se observa da Instrução Técnica Conclusiva nº 1848/2020, a própria Área Técnica afirma que somente empresas autorizadas podem distribuir softwares da empresa contratada pelo Banestes. Assim não poderia se exigir do responsável outra atitude senão a de exercer a cotação dos preços com as representantes do produto, já que a fabricante não comercializa o produto no varejo.

Não cabe também questionamento acerca da escolha dos produtos da empresa contratada, uma vez que se trata de decisão técnica contida no Termo de Referência da contratação.

Por fim, quanto ao apontamento da auditoria acerca de existir orçamento inferior em contratação realizada pela CEPROMAT/MS, tal indício de irregularidade foi analisado no item anterior e afastado. Entendeu o corpo técnico deste Tribunal que um único contrato não pode servir como base para alegação de sobrepreço uma vez que os objetos são distintos e por ausência de mapa comparativo sustentando possível superfaturamento. Ao final, a área técnica opina pelo afastamento da presente irregularidade.

Acompanho o entendimento da Área Técnica e decido afastar a presente irregularidade.

II.2.4 Critério de qualificação econômico financeiro insuficientes (Item 2.5 do RA-O 02/2016-7) - **Base legal:** Inobservância ao artigo 31 e seus parágrafos, da lei 8666, de 21 de junho de 1993.

Objeto: Processo GEINF 04/2014 (10157-5) – Edital de Pregão Presencial nº 18/2014.

Contrato: nº 106257 - CA Programas de Comp., Part. e Serviços Ltda.

Objeto: Atualização tecnológica de produtos CA, com suporte técnico, manutenção, atualização de versão, serviços e treinamentos.

Valor: R\$7.000.073,00

Vigência: 36 meses a partir de 28/03/2014

Pagamento: 36 meses para as licenças

Agentes responsáveis:

- **Anselmo Mageski** – Pregoeiro.
- **Bruno Curty Vivas** – Diretor Jurídico.

Nos achados de auditoria foi considerado como insuficiente como qualificação econômico-financeira apenas a apresentação de “certidão negativa de pedido de falência ou de concordata ou de recuperação ou extrajudicial...”.

Os Defendentes afirmam que as exigências predispostas no artigo 31, da Lei 8666/93, não são mínimas, mas máximas, isto é, o rol apresentado no artigo supracitado não obriga que a administração exija todos aqueles documentos, por outro lado, permite que ela escolha dentre os documentos listados, os que se adequem ao objeto a ser contratado. Como forma de corroborar seu entendimento, elencam artigos jurídicos.

Por fim, os responsáveis argumentam que a certidão de não falência era suficiente para o caso concreto, permitindo-se assegurar os princípios da competitividade e isonomia e que não houve qualquer risco ou dano à administração, não havendo que se falar em afronta ao disposto no art. 31 da Lei de Licitações.

Em suas conclusões a área técnica admite que, muito embora haja divergências, o entendimento que deve prevalecer, neste caso concreto, deve ser o de que não há exigência mínima prevista no artigo 31 da Lei de Licitações, mas exigência máxima, devendo a Administração justificar as exigências, em virtude da segurança jurídica.

Conclui o corpo técnico afirmando que a mera alegação de que os defendentes não exigiram todos os itens constantes do artigo que disciplina a qualificação financeira pela Lei de Licitações, é insuficiente para se concluir pela inexistência de tal requisito pela contratada, ou seja, restou carente de comprovação pelo Relatório de Auditoria de que a empresa contratada não supria o exigido pela Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI.

Acompanho o entendimento da área técnica e decido afastar a presente irregularidade.

II.2.5 Ausência de planejamento adequado, autorização para início do certame e indicação do pregoeiro e equipe de apoio (Item 2.6 do RA-O 02/2016-7)

Base legal: Inobservância ao caput do art. 38º, inciso III, da Lei n. 8.666/93, além da infringência aos Princípios da Eficiência, caput do art. 37 da CF/88, c/c o

descumprimento ao art. 3º, IV e art. 6º, da Lei 10.520/02, c/c infringência ao art. 1º, § único e art. 8º, incisos I e III, do Decreto Estadual 1.527-R/2005 e arts. 153 e 154 da Lei nº 6.404/76.

Objeto: Processo GEINF 04/2014 (10157-5) – Edital de Pregão Presencial nº 18/2014.

Contrato: nº 106257 - CA Programas de Comp., Part. e Serviços Ltda.

Objeto: Atualização tecnológica de produtos CA, com suporte técnico, manutenção, atualização de versão, serviços e treinamentos.

Valor: R\$7.000.073,00

Vigência: 36 meses a partir de 28/03/2014

Pagamento: 36 meses para as licenças

Agentes responsáveis:

- **Guilherme Gomes Dias** – Diretor Presidente do Banestes S/A. Período de 01/01/2014 a 31/12/2014
- **Celso Nunes de Almeida** – Diretor de Relações com Investimento e Finanças – 01/01/2014 a 31/12/2014. **Cumulativamente - Diretor de Tecnologia em Substituição.** Período de 01/10/2014 a 28/10/2014.
- **Bruno Curtis Vivas** - Diretor Jurídico e Administrativo **DIJAU** – Período de 01/01/14 a 31/12/14.
- **João Vitor Carmo Guimarães** - Coordenador – **GEINF/COSUT**. Período de 01/01/14 a 31/12/2014.
- **Katia Rios Ferreira** - Gerente de Projetos – **GEINF/COSUT**. Período de 01/01/14 a 31/12/14.

A equipe de auditoria considerou insuficientes as justificativas apresenta das pelo responsável, através do OF/Presi/Ditec 086/2015, de forma que manteve as irregularidades a seguir discriminadas, apontadas nos itens 2.6, 2.7 e 2.8 do RA – O 02/2016 – 7.

Da análise dos autos foram identificadas as seguintes irregularidades:

- 1) O processo foi iniciado de forma equivocada, ou seja, pela proposta de Solução Técnica, em total afronta aos termos do caput do art. 38, da Lei 8.666/93,
- 2) No início do processo, não foi identificado nenhum despacho e/ou ato administrativo contendo a autorização prévia da despesa e início do processo licitatório contendo especificação de recursos, seja por parte do Diretor da área de tecnologia e/ou do Diretor Presidente do Banestes, nos termos do art.8º, III do Decreto n.1.527/2005;
- 3) A equipe não encontrou nos autos, cópias dos atos de designação do Pregoeiro e respectiva equipe de apoio, nos moldes do art.38, inciso III, da Lei 8.666/93, art.3º, IV da Lei Federal n.10.520/02.
- 4) No caso de licitação para a contratação de serviço, a equipe não encontrou a declaração de que é “*serviço comum*”, nos termos do art.1º da Lei n.10.520/2002 e art.1º, Parágrafo único do Decreto Estadual n. 1.527-R/2005.

Paralelamente, detectou a equipe de auditoria, inconsistências nas propostas de preços, usadas para sustentar a Solução Técnica, contidas nos autos do processo 10455-8/14, entre às fls. 04 a 39.

Os Defendentes afirmam que a equipe de auditoria se equivocou em apontar que o documento inicial do processo afronta a Lei de Licitações, pois o entendimento da doutrina majoritária orienta ser necessário a realização de planejamento prévio ao procedimento licitatório, baseado em estudos e avaliações técnicas acerca da viabilidade da contratação, para tanto citam Marçal Justen Filho.

Por fim, e em resumo, afirmam que o procedimento foi instruído com Termo de Referência e comprovaram a autorização do procedimento através do Voto DITEC 038/2014, aprovado em 13/10/2014 (fls. 53/54 do Processo de contratação 10.455-8/2014 – DOC 04), a designação do Pregoeiro e sua equipe, apesar de não constante dos autos, que foram devidamente designados por meio do ato 17.936, de 27/07/2013 (Doc. 05) e que a declaração de que se trata de bem comum está explícita na Proposta de Solução Técnica (fls. 01/03 do Processo de contratação 10.455-8/2014).

Em suas conclusões a área técnica ressalta que os pontos referentes à pesquisa de preços foram todos exauridos no item 2.7 que será analisando em item posterior, e, por se tratarem do mesmo contrato, não serão verificados, neste item, os mesmos indícios de irregularidade, de forma a não caracterizar o *bis in idem*.

Assevera, o corpo técnico que para início da fase interna do procedimento licitatório deve haver: a autorização prévia da despesa, os atos de designação do Pregoeiro e respectiva equipe de apoio e a declaração de que é “*serviço comum*”. Porém não se consubstancia tal irregularidade apenas em razão do procedimento ter se iniciado pela proposta de Solução Técnica, não havendo base legal para tal responsabilização, já que a Lei de Licitações não impõe obrigatoriedade de documento único iniciar a licitação, mas de requisitos que deverão estar presentes na fase interna da licitação.

Ao final, a área técnica manifesta-se pelo afastamento da irregularidade e sugere o envio de recomendação ao atual gestor do Banestes que inclua em cada processo de pregão o ato de designação do Pregoeiro e de sua equipe.

Passo a expor meu entendimento.

Da análise de todo o processado inclusive do edital de licitação em estudo, verifico que foram preenchidos os requisitos legais na fase interna da contratação.

A irregularidade em comento refere-se à ausência dos requisitos legais que deveriam ocorrer na fase interna da licitação. Da análise de todo o processado inclusive do edital de licitação em estudo, verifico que forma preenchidos os requisitos legais na fase interna da contratação. Vejamos:

- a) Foi comprovada a autorização do procedimento no processo de contratação (fls. 53/54 do Processo de contratação 10.455-8/2014 – DOC 04).
- b) A declaração de que se trata de serviço comum está contida na Proposta de Solução Técnica (fls. 01/03 do Processo de contratação 10.455-8/2014).
- c) O ato de designação do Pregoeiro e sua equipe foram encontra-se no ato 17.936, de 27/07/2013.

Assim sendo, pelo exposto, **diante da comprovação de ausência de irregularidades, acompanho o entendimento da área técnica** e decido **afastar a presente irregularidade**, encaminhando **recomendação** ao atual gestor do Banestes que inclua em cada processo de pregão o ato de designação do Pregoeiro e de sua equipe.

II.2.6 Pesquisas de preços no mercado inconsistentes e irregulares (Item 2.7 do RA-O 02/2016-7) **Base legal:** Ofensa ao art. 5º e art.15, III e V, art. 43, IV, da Lei Federal n. 8.666/93, desrespeito ao Princípio da Eficiência e Economicidade, caput do art. 37 da CF/88, c/c infringência ao art. 36, I do Estatuto Social do BANESTES e infringência aos arts. 153 e 154 da Lei n.6.404/76.

Pregão Presencial: nº 084/14

Objeto: Fornecimento de equipamento de segurança criptográficos em Hardware (Hardware Security Module - HSM) e serviços de instalação, configuração, ativação, treinamento, atualização tecnológica, suporte técnico local e remoto, manutenção e garantia.

Valor: R\$ 571.221,20 (Quinhentos e setenta e um mil, duzentos e vinte e um reais e vinte centavos).

Empresa vencedora: FIRST TECH TECNOLOGIA Ltda. Contrato: nº 109800/14

Agentes responsáveis:

- **Guilherme Gomes Dias** – Diretor Presidente do Banestes S/A. Período de 01/01/2014 a 31/12/2014
- **Bruno Curtis Vivas** - Diretor Jurídico e Administrativo DIJAU - Designação - RCA Ext. 27.4.12. Período de 01/01/2014 a 31/12/2014.
- **Celso Nunes de Almeida** – Diretor de Relações com Investimento e Finanças – 01/01/2014 a 31/12/2014. Cumulativamente - Diretor de Tecnologia em Substituição. Período de 01/10/2014 a 28/10/2014.
- **João Vitor Carmo Guimarães** - Coordenador – GEINF/COSUT. Período de 01/01/14 a 31/12/2014.
- **Katia Rios Ferreira - Gerente de Projetos** – GEINF/COSUT. Período de 01/01/14 a 31/12/14.
- **Anselmo Mageski** – Pregoeiro e Coordenador de Compras de Bens Materiais – COBEM – Período de 01/01/14 a 31/12/14.

A irregularidade em questão aponta que as pesquisas de preços no mercado para a o balizamento do preço de contratação foram inconsistentes e irregulares.

Ressalta que nos orçamentos apresentados pela empresa CriptoSec Ltda, não há data, nem assinatura do responsável, CPF, CNPJ da empresa. Já na proposta da empresa First Tech Ltda não há assinatura e CPF do responsável pelo envio do orçamento, nem CNPJ da empresa. O orçamento da Pay Smart Ltda não consta a data, nome, assinatura, nem matrícula e CPF, do responsável legal da empresa. Logo, ficou patente que houve uma pesquisa inconsistente e “proforma”, que impossibilitou a validação dessa etapa do processo.

Destacou-se a cotação de valores em dólares americanos que afronta aos termos do art.5º da Lei 8.666/93.

Ressaltou a equipe de auditoria que o Edital elaborado e rubricado foi publicado no Diário Oficial em 31/10/2014 pelo Pregoeiro do BANESTES S/A, e que não atentou e/ou exigiu as justificativas de preços adequadas, assim como, a realização de novas pesquisas de preços válidas, nos termos da Lei de Licitação, e em desrespeito ao Manual de Organização do Banestes, Capítulo 3, Seção 10, Assunto n. 05 e Circular n.754 da GEACO, itens 1.2.1.1; 1.2.1.1.7 – (Anexo 09), que trata da

estimativa de custo e da necessidade de realização de pesquisa de preços.

Os Defendentes afirmam que a pesquisa de preços não só foi realizada, como o valor contratado ficou abaixo do valor de mercado. Trouxeram, a fim de justificar seu argumento, tabela presente no processo com 3 (três) orçamentos apresentados, pois trata-se de prática recorrente na administração pública instruir os processos administrativos de licitação com 3 (três) orçamentos.

Quanto à falta de requisitos mínimos para a proposta ser aceita, como CPF do representante legal, assinatura, nome, número de CNPJ, aduziram que as cotações visam conhecer os preços de mercado, para balizar a contratação, e que, portanto, não necessitam do rigor de uma proposta comercial. Nesse sentido, concluíram que as propostas cumpriram seu papel primordial que é o de apresentar os preços praticados pelo mercado e que a realidade fática nem sempre permite a obtenção de 3 (três) orçamentos, sem citar qual foi a realidade fática que pudesse ter ocasionado isso na prática.

Apontam, ainda, que as pesquisas de preços podem ser apresentadas por meios digitais, o que, segundo os defendentes, poderiam justificar sua tese de ausência de formalidades mínimas na apresentação da proposta de preços.

Quando à cotação em moeda estrangeira, alegaram que os valores foram convertidos para moeda nacional, o que descaracterizaria a tese da auditoria.

Por fim, afirmam que a fixação de preço máximo na licitação é uma permissão e não uma obrigatoriedade e que não restou configurado pela auditoria qualquer descumprimento de Lei ou ato normativo interno do Banestes, também não havendo qualquer prejuízo ao erário, pois o valor contratado foi inferior ao estimado pelo mercado.

Em suas conclusões, a área técnica, entende, em suma, que os defendentes não se atentaram à obtenção do preço de mercado, apenas obtiveram de 3 (três) orçamentos válidos, sendo 1 (um) orçamento de órgão público da Amazônia, dessa forma, não buscaram realização de pesquisa de preços de mercado que priorizasse

a qualidade e diversidade das fontes a qualidade e diversidade das fontes, como orientado pela jurisprudência do TCU e pela melhor doutrina⁴. Aduz a área técnica que os responsáveis não se desincumbiram de seu ônus de comprovar documentalmente consultas a outros órgãos e entidades que pudessem fornecer os preços de mercado a serem fixados como estimados.

Quanto à formalidade das propostas, entende a Área Técnica que também não assiste razão aos defendentes, pois é de conhecimento no meio empresarial que toda proposta comercial ou de preços deve ser seguida de requisitos mínimos que vinculem o proponente, caso contrário, não valeriam como meio de fixação de preço de mercado estimado.

Desta forma, o corpo técnico diz que as formalidades são essenciais para vinculação das empresas que remetem orçamentos à administração pública, caso contrário as empresas poderiam ofertar preços exorbitantes, sem a qualificação legal de seu representante, no intuito de distorcer procedimentos licitatórios, sem qualquer possibilidade de responsabilização futura, por fraude ao procedimento licitatório ou até mesmo cartelização, na forma da Lei 12.529/2011.

Ao final a área técnica opina pela manutenção da irregularidade, porém analisando as responsabilidades de cada agente em específico.

Opinou, o corpo técnico, pelo o **afastamento da irregularidade em relação ao Sr. Guilherme Gomes Dias**, como já fora analisando anteriormente.

Quanto aos Srs. Bruno Curtis Vivas, Celso Nunes de Almeida, João Vitor Carmo Guimarães, Katia Rios Ferreira e Anselmo Mageski, a área técnica sugere a manutenção da irregularidade e aplicação de multa pecuniária, pois praticaram atos decisórios no âmbito do procedimento administrativo de licitação e detinha dever legal de apontar os eventuais vícios na fase interna do procedimento, conforme apontado na conduta e nexos de causalidade definidos pela equipe de auditoria.

Passo a expor minhas razões de voto.

⁴ Jacoby Fernandes, J.U. (**Três orçamentos em licitações não seleciona necessariamente proposta mais vantajosa**”).

A pesquisa de preços traduz-se num mecanismo inicial e imprescindível do procedimento licitatório de forma que se possa aferir o valor a ser dispensado para a aquisição de determinado produto ou serviço pela Administração Pública. Nela se fixa o preço de referência da contratação, devendo constar no edital. Tal procedimento revela-se de fundamental importância nas contratações públicas, funcionando como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames licitatórios e àqueles executados nas respectivas contratações.

Tanto a Lei [nº 8.666/93](#) quanto a Lei nº [10.520/02](#) (art. 3º, inc. III) fazem alusão à pesquisa de preços como baliza procedimental necessária para a estimativa dos custos nas licitações públicas. O parágrafo 2º do artigo 40 da Lei 8.666/93 prescreve sobre o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários como anexo do edital. Já o artigo 44 da mesma lei, ao tratar sobre o julgamento das propostas, ressalvada a exceção ali constante, não admite a apresentação de preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado. Assim, é preciso que o órgão que realiza a licitação tenha estimativa prévia que permita verificar se os preços propostos são realizáveis, exequíveis ou compatíveis com os preços praticados pelo mercado.

Todavia, nenhum desses diplomas legais determina como deve ser realizada essa estimativa, razão pela qual, a Administração, habitualmente, se vale de três orçamentos solicitados a fornecedores que atuam no ramo da contratação. Essa prática decorre da praxe administrativa e da orientação consolidada por alguns órgãos de controle.

Com o intuito de unificar a forma de contratar dos administradores públicos, o governo Federal editou a Instrução Normativa nº 5 de 2014, alterada pela Instrução Normativa nº 7, de 2017, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral nos procedimentos licitatórios de toda a Administração Pública Federal.

Cabe, a fim de elucidação e entendimento, vale transcrever a Instrução Normativa nº 07/2017

Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto nesta Instrução Normativa os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG).

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

I – Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldepregos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II – contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III – pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

IV – pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§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. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, **desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços**, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

Art. 3º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação.

Parágrafo único. Deverá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis.

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

Art. 5º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica a obras e serviços de engenharia, de que trata o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Parágrafo único. Esta Instrução Normativa não se aplica aos processos administrativos já iniciados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014) (grifo nosso)

Como se observa, o que se observa da legislação é que se estabeleça uma pesquisa de preços ampliada, utilizando-se de várias opções como: realizar um orçamento direto com o fornecedor do ramo compatível, outra pesquisa de algum sítio eletrônico de venda e outra de contratos ou atas vigentes de órgãos públicos que tenham adquirido ou contratado o mesmo objeto. Dessa maneira é factível obter com máximo de eficiência o preço de mercado do produto ou serviço que se pretende adquirir, pois reflete o real valor de mercado em todos os cenários possíveis. **Porém, entendo que a utilização de três orçamentos para a realização da pesquisa de preços é praxe na Administração Pública e não pode ser considerado irregular ou incorreto**

Aliás, Tribunal de Contas da União, em diversas oportunidades, defendeu a utilização da cotação junto ao mercado, para que se obtenha, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos, como forma preferencial de pesquisa destinada à definir o orçamento estimado, conforme se denota do Acórdão nº 3.026/2010 – Plenário, cujo Voto consignou que:

A jurisprudência do TCU é no sentido de que antes da fase externa da licitação há que se fazer pesquisa de preço para que se obtenha, no **mínimo**, três orçamentos de fornecedores distintos.

A Advocacia-Geral da União (AGU) também já se posicionou sobre esse assunto, quando diz que “é juridicamente viável eleição de apenas um dos parâmetros para a formação do preço estimado da contratação” (Parecer nº 12/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU).

De todo exposto extrai-se que, além dos três orçamentos de fornecedores, a Administração Pública **também pode** se valer de:

- Referência de preços obtida a partir dos contratos anteriores do próprio órgão;
- Contratos de outros órgãos;

- Atas de registro de preços;
- Preços consignados nos sistemas de pagamentos;
- Valores divulgados em publicações técnicas especializadas e quaisquer outras fontes capazes de retratar o valor de mercado da contratação;
- Inclusive, utilizar preços de contratações realizadas por corporações **privadas** em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública.

Sem dúvida, estas fontes funcionam como um banco de preços pronto para ser consultado.

Além disso, vale ressaltar que a pesquisa de preços deve ser constituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados. Assim, para obtenção do resultado da pesquisa, não poderão ser considerados os preços excessivamente elevados e os inexequíveis, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

Assim, parece possível concluir que a melhor forma de realizar a estimativa de preços por ocasião da instauração de procedimento licitatório é pela realização de pesquisa de mercado que priorize a qualidade e a diversidade das fontes, pois quanto maior o número de informações e a respectiva excelência, mais próximo e condizente com a realidade do mercado estará o preço estimado, **porém, como já fora dito anteriormente, não pode se considerar errôneo ou mesmo irregular a realização de pesquisa de preços baseada em três orçamentos.**

Diante de todo o exposto, **discordo do entendimento da área técnica e manifesto-me por afastar a irregularidade.** Entendo também pelo envio de **RECOMENDAÇÃO** ao atual gestor do Banestes para que se observe quando da realização dos procedimentos licitatórios, a análise da adequação dos valores considerados em vista da realidade de mercado e a ampliação e diversificação das fontes das informações coletadas com o objetivo de definir o valor estimado da contratação.

II.2.7 Inclusão de itens restritivos a livre competição no certame (Item 2.8 do RA-O 02/2016-7) **Base legal:** Ofensa aos princípios da Economicidade e da Eficiência (caput do art. 37 da CF/88), inobservância do caput do art. 3º, §1º, inciso I e art. 30, § 5º da Lei 8.666/93, c/c desrespeito do Estatuto Social do Banestes e infringência ao art.7º, § 1º do Decreto Estadual n. 1.527/2005 e arts. 153 e 154 da Lei n. 6.404/76.

Pregão Presencial: nº 084/14

Objeto: Fornecimento de equipamento de segurança criptográficos em Hardware (Hardware Security Module - HSM) e serviços de instalação, configuração, ativação, treinamento, atualização tecnológica, suporte técnico local e remoto, manutenção e garantia.

Valor: R\$ 571.221,20 (Quinhentos e setenta e um mil, duzentos e vinte e um reais e vinte centavos).

Empresa vencedora: FIRST TECH TECNOLOGIA Ltda. Contrato: nº 109800/14

Agentes responsáveis:

Guilherme Gomes Dias – Diretor Presidente do Banestes S/A. Período de 01/01/2014 a 31/12/2014

Celso Nunes de Almeida – Diretor de Relações com Investimento e Finanças – 01/01/2014 a 31/12/2014. Cumulativamente - Diretor de Tecnologia em Substituição. Período de 01/10/2014 a 28/10/2014.

Bruno Curtis Vivas - Diretor Jurídico e Administrativo DIJAU – Período de 01/01/14 a 31/12/14.

João Vitor Carmo Guimarães - Coordenador – GEINF/COSUT. Período de 01/01/14 a 31/12/2014.

Katia Rios Ferreira - Gerente de Projetos – GEINF/COSUT. Período de 01/01/14 a 31/12/14.

A irregularidade em questão aponta inclusão de supostos itens restritivos a livre competição no certame.

A equipe de auditoria considerou irregular a aquisição de itens com indicação de marca. Segundo a auditoria, os 03 itens avaliados pela equipe técnica da GEINF/COSUT, não foram precedidos de estudos técnicos detalhados, pesquisas de preços adequadas e, justificativas contundentes, quanto aos impactos no caso da substituição dos equipamentos.

Segundo a equipe de auditoria, os itens avaliados pelo Banestes foram:

- 1- O impacto sobre os negócios do BANESTES quanto à indisponibilidade dos serviços HSM;
- 2- O impacto sobre a disponibilidade dos serviços HSM, no caso de substituição dos equipamentos atualmente em uso por outra solução de mercado;
- 3- A existência ou não de benefícios financeiros a ser obtido com a substituição do HSM por outra solução de mercado.

Os defendentes alegaram que a solução escolhida foi devidamente justificada e motivada, nas folhas 1/3 do Processo nº 10.455-8 – DOC. 02, apontando, em resumo o, seguinte:

O HSM é um equipamento especializado na geração e guarda de chaves criptográficas e na encriptação de informações. Seu uso tornou-se um padrão de mercado nos sistemas que necessitam de criptografia de senhas. O uso do mesmo para o projeto BANESCARD é imprescindível, pois o HSM será utilizado na geração do conjunto de chaves criptográficas que serão conferidas na criptografia dos dados sensíveis (senhas, trilhas, etc) das transações do sistema.

Seguindo os defendentes foram abordadas justificativas quanto ao impacto da indisponibilidade do serviço, acerca da substituição e quanto aos preços de mercado, por fim, concluindo pela escolha da manutenção da solução contratada.

A defesa alega que se exigiu a solução que lhe daria segurança, necessária em seus “ambientes computacionais”, haja vista se tratar de instituição financeira.

Por fim, apontou que o parecer técnico motivou e justificou a aquisição dos equipamentos e que a equipe técnica do banco avaliou diversos fatos para sua tomada de decisão, tendo nomeado os sistemas legados a serem impactados, os serviços a serem disponibilizados às empresas externas a serem envolvidas, as atividades/ações envolvidas e, onde foi possível, o tempo de indisponibilidade.

Em suas conclusões, verifica a área técnica que a solução escolhida para a licitação foi precedida de análise e fundamentação técnica da escolha com base nos principais pontos analisados, operacional e de custo, sem exigência de itens restritivos.

Seguindo a equipe técnica deste Tribunal, não cabe aos órgãos de controle a escolha do bem a ser adquirido pela Administração Pública, devendo, esta, fundamentar e justificar sua escolha, o que se denota atendido nos autos.

A área técnica ressalta que vários questionamentos foram respondidos, como se observa do Termo de Referência, constantes do Processo nº 10.455-8 do Banestes, deixando claro os impactos da troca de solução, dos efeitos da interrupção do

serviço, que necessita de estar atuante 24 (vinte e quatro) horas por dia nos 7 (sete) dias da semana, além de todos os requisitos técnicos avaliados pela equipe técnica do Banestes acerca de suas necessidades técnicas.

Em suas conclusões o corpo técnico afirma que a mera alegação, pela equipe de auditoria, de que existem outras empresas que prestam o mesmo serviços não é suficiente para a responsabilização dos responsáveis, opinando ao final pelo afastamento da irregularidade.

Passo a expor minhas razões de decidir.

Da análise minuciosa dos autos verifico que o próprio Relatório de Auditoria informa a as várias análises realizadas para a escolha da contratação. Entendo que não é da competência do órgão de controle apontar questionamentos hipotéticos para responsabilizar os gestores da Administração Pública.

Além disso, a simples alegação pela equipe de auditoria de que existem outras empresas que prestam o mesmo serviço não é motivação suficiente para constatar a irregularidade sem, entretanto, comprovar seus próprios questionamentos em relação à solução escolhida, tampouco afastar os fundamentos previstos no Termo de Referência e Edital de contratação. Além disso, não cabe à equipe de auditoria decidir pela instituição financeira qual solução seria a melhor solução para atender as suas necessidades.

Por fim, resta claro ter havido a aprovação da autoridade competente por meio do Voto DITEC nº 038/2014 (fl. 53 do processo nº 10.455-8 – DOC 04), aprovado em 13/10/2014.

Acompanho o entendimento da área técnica e decido afastar a presente irregularidade.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante todo o exposto, obedecendo os trâmites processuais e legais, **divergindo**

parcialmente da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-906/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACÓRDÃO** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. PRELIMINARMENTE, afastar a responsabilidade do Sr. Guilherme Gomes Dias (Diretor Geral do Banestes S/A entre 01/01/2014 a 31/12/2014), tendo em vista a ausência de nexo de causalidade entre sua conduta e a irregularidades apontados no item Item 2.7 do RA-O 02/2016-7.

1.2. No mérito, **afastar as irregularidades** contidas nos itens 22, 23, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 e 2.8 do RA-O 02/2016-7, com o acolhimento das razões de justificativa apresentadas pela defesa, de responsabilidade do Srs. Guilherme Gomes Dias, Bruno Curtis Vivas, Celso Nunes de Almeida, Katia Rios Ferreira, João Vitor Carmo Guimarães, Anselmo Mageski, Paulo Emanuel Fonseca Domingues Tavares, Pedro Paulo Braga Bolzani.

1.3. Encaminhar **DETERMINAÇÃO**, com amparo no inciso III do artigo 57 da LC 621/2012, ao atual Gestor da área de Tecnologia da Informação do Banestes que ao realizar contratações na área de TI respeite as fases de planejamento previstas na Lei 8666/93, com as sugestões contidas no guia de boas práticas de contratações em TI do TCU;

1.4. Encaminhar as seguintes **RECOMENDAÇÕES**:

- a) Com base no inciso XXXVI⁵, do artigo 1º, da Lei Complementar 621/2012, ao atual gestor do Banestes, seja incluído em cada processo de pregão o ato de designação do Pregoeiro e de sua equipe;
- b) Ao atual gestor do Banestes para que se observe quando da realização dos procedimentos licitatórios, a análise da adequação dos valores considerados em vista da realidade de mercado e a ampliação e diversificação das fontes das informações coletadas com o objetivo de definir o valor estimado da contratação.

1.5. Dar ciência aos interessados e ao MPC;

1.6. Transitado em julgado, ARQUIVE-SE.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 10/09/2020 - 24ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

⁵ Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXVI - expedir recomendações para a correção de impropriedades verificadas no exercício do controle externo;

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária Geral *ad hoc*