

TC 030.236/2016-9

Apensos: TC 023.456/2017-5, TC 041.426/2018-5 e 043.461/2018-2

Tipo: Relatório de auditoria (pedido de reexame)

Unidade jurisdicionada: Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação (Setic) do Ministério da Economia (ME)

Recorrente: Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) do Ministério da Economia (ME)

Advogado: não há

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Auditoria. Determinações e recomendações. Pedido de reexame. Conhecimento. Não provimento. Ciência.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) do Ministério da Economia (ME) (peça 179) contra o Acórdão 2569/2018-TCU-Plenário (peça 129), da relatoria do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Auditoria Operacional com objetivo de avaliar as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de Tecnologia da Informação (TI) na relação com a Administração Pública, quando da contratação de licenciamento de software e seus serviços agregados;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU:

9.1.1. à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça que:

9.1.1.1. no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias:

9.1.1.1.1. estabeleçam orientação normativa junto às organizações federais sob sua supervisão para que:

9.1.1.1.1.1. a respeito dos contratos que sejam celebrados ou prorrogados com grandes fornecedores de software, não celebrem contrato em que haja referência a regra externa ao contrato, por afrontar a Lei 8.666/1993, art. 54, § 1º, e art. 65;

9.1.1.1.1.2. 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;

9.1.1.1.1.3. a respeito dos editais publicados e contratos que sejam celebrados ou prorrogados com

grandes fornecedores de software:

9.1.1.1.1.3.1. não incluam cláusula que direta ou indiretamente permita a cobrança retroativa de valores relativos aos serviços de suporte técnico e de atualização de versões, por afrontar a Lei 8.666/1993, art. 73, inciso I; a Lei 4.320/1964, art. 62, art. 63, § 2º, inciso III; a Lei 8.078/1990, art. 39, inciso I; e a Lei 12.529/2011, art. 36, § 3º, inciso XVIII;

9.1.1.1.1.3.2. não incluam cláusula que direta ou indiretamente permita a cobrança de valores relativos a serviço de correção de erros, inclusive retroativos, por afrontar a Lei 8.078/1990, art. 26, § 3º, e art. 39, inciso I, c/c Lei 9.609/1998, arts. 7º e 8º, de modo que o fabricante entregue correções dos softwares licenciados sem ônus, dentro do prazo de validade técnica dos softwares licenciados e, se o erro somente for corrigido em versão posterior do software, que essa versão seja fornecida sem ônus para a organização pública;

9.1.1.1.1.3.3. não incluam cláusula que direta ou indiretamente permita a cobrança de taxa específica para o restabelecimento dos serviços agregados, por tratar-se de multa sem amparo legal;

9.1.1.1.1.3.4. não incluam cláusula que direta ou indiretamente exija a contratação conjunta de serviços de suporte técnico e de atualização de versões, por afrontar a Lei 8.078/1990, art. 39, inciso I, e a Lei 12.529/2011, art. 36, § 3º, inciso XVIII;

9.1.1.1.2. orientem as organizações federais sob sua supervisão, no âmbito das contratações dos grandes fabricantes de software, para que:

9.1.1.1.2.1. não aceitem cartas de exclusividade emitidas pelos próprios fabricantes, conforme previsto na Lei 8.666/1993, art. 25, inciso I;

9.1.1.1.2.2. tenham ciência da natureza e da ilegalidade do registro de oportunidade, conforme disposto na Lei 8.666/1993 art. 3º, caput;

9.1.1.1.2.3. compatibilizem os prazos e níveis de serviços assumidos pelos revendedores com as condições oferecidas pelo fabricante do produto, observando a Lei 8.666/1993, art. 55, inciso IV, art. 73, inciso II, alínea “b”;

9.1.1.2. no prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias:

9.1.1.2.1. desenvolvam processo de gestão estratégica das contratações de soluções de grandes fabricantes de software de uso mais disseminado em conjunto com as organizações sob sua supervisão, que inclua, em consonância com a Constituição Federal, art. 37, *caput*, e com a Lei 8.666/1993, art. 11 e art. 15, incisos II e V:

9.1.1.2.1.1. levantamento periódico da despesa relacionada a grandes fabricantes, identificando as discrepâncias de preços dos produtos de software adquiridos em seus valores unitários, dando visibilidade dos resultados obtidos às organizações sob sua supervisão, de forma a convergir os preços contratados para valores semelhantes e compatíveis com a escala contratada pelo governo como um todo, em consonância com a Constituição Federal, art. 37, *caput*, e com a Lei 8.666/1993, art. 15, inciso V;

9.1.1.2.1.2. forma de execução das contratações, a exemplo de contratações realizadas por centrais de compras ou com base em acordos entre o OGS e grandes fabricantes com posterior execução da licitação individualmente ou em conjunto com outras organizações e respectiva gestão contratual realizada individualmente pelas organizações públicas;

9.1.1.2.1.3. explicitação dos papéis a serem desempenhados pelo OGS e pelas organizações públicas envolvidas nas contratações;

9.1.1.2.1.4. acordos entre o OGS e os grandes fabricantes, quando benéficos à Administração, que levem em consideração a escala de compra do governo como um todo, a exemplo dos modelos adotados pelo Estado de São Paulo e por países como Reino Unido e Estados Unidos da América, incluindo licenças e serviços agregados, com levantamento prévio que indique os valores mínimos de desconto a permitir ganhos efetivos com a escala empregada na negociação, bem como a vigência na qual devem ser garantidas as condições negociadas;

9.1.1.2.1.5. vinculação obrigatória das compras descentralizadas aos acordos realizados pelo órgão central e aos parâmetros por ele definidos e negociados, salvo em hipóteses devidamente justificadas;

9.1.1.2.1.6. especificação de lista de preços máximos aceitáveis para todas as organizações sob sua supervisão, com as respectivas taxas de desconto, tendo por base acordos com os fabricantes ou

análises de mercado efetuadas pelo próprio OGS;

9.1.1.2.1.7. adoção de medidas para conferir a devida transparência e controles para melhor gerenciar os riscos existentes no processo de gestão estratégica, resultantes da concentração dessa atividade, como, por exemplo, controles para prevenir conflitos de interesse, mecanismos de supervisão, segregação de funções (inclusive entre órgãos, se conveniente), entre outros;

9.1.1.2.1.8. definição de soluções padronizadas baseadas em softwares e serviços agregados, de modo a desonerar as organizações públicas de levantar, entender e utilizar os modelos de comercialização dos grandes fabricantes de software, em consonância com a Lei 8.666/1993, art. 11 e art. 15, inciso I;

9.1.1.2.1.9. explicitação dos parâmetros utilizados para calcular os preços dos produtos e serviços no orçamento estimado nas propostas de preço dos revendedores/fabricantes e nos contratos celebrados, incluindo os percentuais usados nos cálculos dos serviços agregados e o custo de revenda, com base na Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea “F”, art. 7º, § 2º, inciso II, art. 40, § 2º, inciso II; na Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso III; e na IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 22;

9.1.1.2.1.10. indicação ou disponibilização de ferramentas eficazes para pesquisar editais e contratos de outras organizações públicas relativos a produtos e serviços fornecidos por grandes fabricantes de software quando a solução a contratar for objeto de contratação pela própria organização, observando a Constituição Federal, art. 37, caput; a Lei 8.666/1993, art. 15, incisos III e V; a IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 22; e a IN - SLTI/MPDG 5/2014, art. 2º, incisos I e II, atentando para as questões relativas à qualidade dos dados do sistema Siasg/Comprasnet, já apontadas no Acórdão 2.670/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler;

9.1.1.2.1.11. orientação às organizações sob sua supervisão a respeito dos riscos da solicitação de cotações de preços, indicando que, caso seja estritamente necessário obter preços de referência mediante cotações em face da ausência de outras fontes de preços, como contratações similares, solicite-se preços diretamente aos grandes fabricantes, de modo a aumentar a chance de obter um preço de referência minimamente confiável no âmbito da pesquisa de preços prevista na Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea “F”, art. 7º, § 2º, inciso II, art. 40, § 2º, inciso II; na Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso III; e na IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 14, inciso VII, § 4º, art. 22;

9.1.1.2.1.12. alternativas para viabilizar a adoção de cláusulas contratuais que contenham prazos máximos para obtenção de soluções de contorno de forma a prover tratamento de problemas mais críticos para as operações de TI das organizações, para os casos de impossibilidade de estabelecimento de prazo para solução definitiva de problemas de software, observando a Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea “c”; art. 43, inciso IV; a Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso I; e a IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 17, inciso II, alínea “d”, art. 20, inciso I;

9.1.1.2.1.13. estabelecimento de padrões de Acordos de Níveis de Serviço, para servirem de referência à contratação de serviços de suporte nos casos em que estes sejam providos diretamente pelos fabricantes e para as soluções de TI mais disseminadas, observando a Lei 8.666/1993, art. 11, art. 15, inciso I; e a IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 20, inciso I;

9.1.1.2.1.14. estabelecimento de penalidades padrões 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;

9.1.1.2.1.15. planejamento de adoção de soluções alternativas de forma a diminuir a dependência entre o serviço público e as soluções contratadas;

9.1.1.3. no prazo de 60 (sessenta) dias, informem ao Tribunal acerca das medidas a serem adotadas com vistas ao cumprimento do itens 9.1.1.1 e 9.1.1.2 retro;

9.1.2. à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais que, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, avalie os comandos previstos nos itens (e respectivos subitens) 9.2.4 e 9.1.1 para verificar se estão coerentes com as atribuições previstas no Decreto-Lei 200/1967, art. 26, inciso III, e no Decreto 9.035/2017, art. 41, inciso III e X, e os implemente no âmbito da supervisão das empresas estatais, motivando-os explicitamente caso não aplicáveis;

9.2. recomendar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III do Regimento Interno do TCU:

9.2.1. ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em conjunto com o Ministério da Fazenda, com base na Constituição Federal, art. 37, caput, que adote medidas para que as empresas públicas federais de Tecnologia da Informação estejam no escopo das ações do processo de gestão estratégica das contratações de soluções de grandes fabricantes de software que venha a ser definido no item 9.1.1;

9.2.2. à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, com base na Constituição Federal, art. 37, caput, que recomende às suas entidades vinculadas o incremento de contratações de forma conjunta e a centralização de compras de softwares de grandes fabricantes, especialmente entre entidades e suas subsidiárias, de modo a desonerar as organizações públicas de levantar, entender e utilizar os modelos de comercialização dos grandes fabricantes de software, em consonância com a Lei 13.303/2016, art. 32, inciso I, art. 63, inciso IV, e art. 67, com a definição de soluções padronizadas, incluindo os softwares em si e seus serviços agregados, bem como as descrições padronizadas dos respectivos objetos, considerando, inclusive, a hipótese de participar do processo de gestão estratégica das contratações de soluções de grandes fabricantes de software a ser estabelecido pelo MPDG, conforme estabelecido no item 9.1.1;

9.2.3. ao Conselho Nacional de Justiça, conforme o disposto no art. 4º da Resolução 211/2015, que:

9.2.3.1. oriente as organizações federais sob sua supervisão a respeito dos novos modelos de comercialização, com a identificação das principais preocupações relativas ao tema, e para preparação, no planejamento dos órgãos, para as mudanças de paradigma nos modelos de contratação de software;

9.2.3.2. oriente as organizações federais sob sua supervisão endereçando as questões identificadas sobre contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, inclusive com a elaboração de padrões para as aquisições, a exemplo daquelas elaboradas pela Setic/MPDG sobre contratação de Serviços de Computação em Nuvem (Anexo à Portaria - STI/MPDG 20/2016);

9.2.3.3. avalie junto às organizações federais sob sua supervisão o impacto orçamentário e financeiro das contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, a exemplo de SaaS e Computação em Nuvem, de forma a subsidiar o planejamento para a mudança na forma de custeio da TI governamental ao longo dos anos;

9.2.4. à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, e ao Conselho Nacional de Justiça que:

9.2.4.1. orientem as organizações federais sob sua supervisão, no âmbito das contratações dos grandes fabricantes de software, para que:

9.2.4.1.1. adotem medidas para evitar os impactos causados pela ocorrência do registro de oportunidade, a exemplo de consultas diretas aos fabricantes, da elaboração de certames que viabilizem a participação de revendedores de fabricantes distintos e da exigência de declaração que ateste a não aplicação da prática pelos licitantes, conforme disposto na Lei 8.666/1993, art. 3º, caput;

9.2.4.1.2. verifiquem, nos estudos técnicos preliminares, em caso de indicação pelo fabricante da necessidade de produtos específicos para viabilizar a utilização da solução a ser contratada, a compatibilidade de produtos alternativos que atendam às regras de comercialização do fabricante e viabilizem a utilização da solução, de modo a não aceitarem que se condicione o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de solução específica, conforme disposto na Lei 8.078/1990, art. 39, inciso I;

9.2.4.2. estabeleçam mecanismos para identificação dos preços praticados para as soluções com maior risco de dependência tecnológica para que as organizações tenham parâmetros que viabilizem a identificação de preços abusivos, conforme disposto na Lei 8.666/1993, art. 15, incisos III e V;

9.2.4.3. estabeleçam mecanismos para que sejam informados pelas organizações federais sob sua supervisão da ocorrência de imposição de preços abusivos, a fim de evitar que as organizações adotem soluções de fabricantes que tenham se aproveitado de dependência tecnológica para obter vantagens financeiras indevidas, conforme disposto na Lei 8.666/1993, art. 15, incisos III e V;

9.2.4.4. orientem as organizações federais sob sua supervisão para que, durante a elaboração dos estudos técnicos preliminares da contratação:

9.2.4.4.1. avaliem o grau de dependência da solução a ser contratada e planejem ações para minimizar

impactos causados por eventual necessidade de substituir a solução a ser adquirida, conforme disposto na IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 13;

9.2.4.4.2. avaliem a relação custo-benefício de manter a solução implantada ou de substituí-la, em casos que, mesmo havendo alto impacto na migração da solução, haja ganhos financeiros para a organização, conforme disposto na IN - SLTI/MPDG 4/2014, art. 12, inciso III;

9.2.4.4.3. realizem licitações para substituição de solução quando houver abuso de preços por parte do fabricante e se esgotarem as possibilidades de negociação, com sinalização de possibilidade de troca da solução, para obter preços dentro daqueles praticados pelo mercado, conforme disposto na Lei 8.666/1993, art. 15, incisos III e V;

9.2.4.5. orientem, em caráter normativo, as organizações federais sob sua supervisão para que, em cada contratação de produtos e serviços agregados de grandes fabricantes de software:

9.2.4.5.1. avaliem a conveniência e a oportunidade de permitir que empresas concorrentes participem da disputa pela contratação do serviço de suporte técnico;

9.2.4.5.2. avaliem o custo/benefício de contratar os serviços de suporte técnico e de atualização de versões, sejam ambos ou somente um deles, ou de não contratar nenhum desses serviços, considerando elementos como a necessidade de negócio que motive a contratação desse serviço e o preço praticado por esse serviço, de acordo com a Constituição Federal, art. 37, caput;

9.2.5. à Secretaria de Coordenação e Governança e das Empresas Estatais, conforme o disposto no art. 41, incisos III e X, do Decreto 9.035/2017, que:

9.2.5.1. orientem as organizações federais sob sua supervisão a respeito dos novos modelos de comercialização, com a identificação das principais preocupações relativas ao tema, e para preparação, no planejamento dos órgãos, para as mudanças de paradigma nos modelos de contratação de software;

9.2.5.2. avaliem junto às organizações federais sob sua supervisão o impacto orçamentário e financeiro das contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, a exemplo de SaaS e Computação em Nuvem, de forma a subsidiar o planejamento para a mudança na forma de custeio da TI governamental ao longo dos anos;

9.2.6. à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, conforme o disposto no art. 19, inciso I, do Decreto 9.035/2017, c/c o inciso II do art. 4º do Decreto 7.579/2011, que:

9.2.6.1. oriente as organizações sob sua supervisão a respeito dos novos modelos de comercialização de software, com a identificação das principais preocupações relativas ao tema, e para preparação, no planejamento das organizações públicas, para as mudanças de paradigma nos modelos de contratação de software;

9.2.6.2. aprimore as orientações já existentes sobre contratação de Serviços de Computação em Nuvem (Anexo à Portaria - STI/MPDG 20/2016), endereçando as questões identificadas sobre contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, inclusive com a elaboração de padrões para as aquisições;

9.2.6.3. avalie, em conjunto com as organizações sob sua supervisão, o impacto orçamentário e financeiro das contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, a exemplo de SaaS e Computação em Nuvem, de forma a subsidiar o planejamento para a mudança na forma de custeio da TI governamental ao longo dos anos;

9.3. dar ciência à Caixa Econômica Federal, ao Serviço Federal de Processamento de Dados, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

9.3.1. de que a referência a regra externa ao contrato, identificada no Contrato - Caixa 3.967/2013, no Contrato - Serpro 51.674/2013, no Contrato - Câmara dos Deputados 2013/035.0 e no Contrato - TRF1 0.070/2011, afronta a Lei 8.666/1993, art. 54, § 1º, e art. 65, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes;

9.3.2. sobre as seguintes impropriedades verificadas no Contrato - Caixa 3.967/2013, no Contrato - Serpro 51.674/2013, no Contrato - Câmara dos Deputados 2013/035.0 e no Contrato - TRF1 0070/2011, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes:

9.3.2.1. inclusão de cláusula contratual que permite a cobrança retroativa de valores relativos aos serviços de suporte técnico e de atualização de versões, por afrontar a Lei 8.666/1993, art. 73, inciso I; a Lei 4.320/1964, art. 62, art. 63, § 2º, inciso III; a Lei 8.078/1990, art. 39, inciso I; e a Lei 12.529/2011, art. 36, § 3º, inciso XVIII;

9.3.2.2. inclusão de cláusula contratual que permite a cobrança de valores relativos a serviço de correção de erros, inclusive retroativos, por afrontar a Lei 8.078/1990, art. 26, § 3º, e art. 39, inciso I c/c Lei 9.609/1998, arts. 7º e 8º;

9.3.2.3. inclusão de cláusula contratual que permite a cobrança de taxa específica para o restabelecimento dos serviços agregados, por tratar-se de multa sem amparo legal;

9.3.2.4. inclusão de cláusula contratual que exige a contratação conjunta de serviços de suporte técnico e de atualização de versões, por afrontar a Lei 8.078/1990, art. 39, inciso I; e a Lei 12.529/2011, art. 36, § 3º, inciso XVIII;

9.4. determinar à Secretaria Geral de Controle Externo 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;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para que avaliem a conveniência e a oportunidade de utilizar as análises a respeito de cláusulas abusivas identificadas junto a organizações públicas para efetuar ações no sentido de coibir essas práticas junto a organizações privadas;

9.6. dar ciência desta deliberação aos órgãos e empresas fiscalizados, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, à Secretaria de Tecnologia da Informação do Senado Federal, ao Centro de Informática da Câmara dos Deputados, ao Conselho Nacional do Ministério Público e à Coordenação Geral de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União, a fim de informá-los sobre as conclusões obtidas nesta fiscalização a respeito das contratações de grandes fornecedores de software;

9.7. autorizar a ampla divulgação deste relatório de auditoria;

9.8. arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 44/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 7/11/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2569-44/18-P.

HISTÓRICO

3. Entre outubro de 2016 e maio de 2017, foi realizada auditoria operacional no Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e em outros órgãos e entidades. O trabalho foi realizado pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) em conjunto com a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), ambas do TCU (peça 125, p. 1).

4. O objetivo da auditoria consistiu em avaliar as práticas adotadas por grandes fornecedores de bens e serviços de tecnologia da informação (TI) quando contratados por órgãos e entidades da Administração Pública Federal (APF). Como resultado, foi prolatado o acórdão sob exame, em sessão ordinária do Plenário de 7/11/2018 (peças 125, p. 1, e 129).

5. Em 4/12/2018, a Sest entrou com o pedido de reexame ora sob análise. Mediante despacho de 22/3/2019, o relator do processo acolheu o exame de admissibilidade realizado por esta unidade e conheceu do recurso na forma proposta (peças 183 e 188).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade constante à peça 183, ratificado pelo relator, Exmº. Ministro Benjamin Zymler, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.1.2 do Acórdão 2569/2018-TCU-Plenário em relação ao recorrente.

EXAME TÉCNICO

7. Esta instrução se destina a analisar o recurso impetrado pela Sest e sua abrangência corresponde à análise da determinação constante do item 9.1.2 do acórdão recorrido.

Argumentos da Sest (peça 179)

8. Inicialmente, a Sest procura demonstrar a admissibilidade do recurso impetrado. Depois, transcreve dispositivos do Decreto 9.035/2017 acerca das competências da Secretaria (peça 179, p. 3-9).

9. Segundo a Sest, embora ela detenha competência para propor diretrizes e parâmetros de atuação sobre governança e orçamento das estatais, não significa que ela deve atuar no seu gerenciamento. A Secretaria entende que sua atuação se limita a coordenar e a impulsionar a governança, pois não é um órgão fiscalizador ou de controle e, dessa forma, não deve se envolver em questões cotidianas de gestão ou de aspectos operacionais das estatais (peça 179, p. 10).

10. Destaca que, no referido decreto, não há atribuição de prerrogativa para se manifestar sobre atividades de supervisão ministerial. Registra que suas atividades não se confundem com aquelas relativas à supervisão ministerial, mesmo porque não há relação de vinculação entre a Sest e as estatais, conforme definido no Decreto-Lei 200/1967 e no Decreto 8.872/2016. Por isso, entende que não é possível cumprir a determinação referente ao acórdão recorrido (peça 179, p. 10).

11. A Sest observa que a precitada determinação faz referência aos itens 9.2.4 e 9.1.1 do mesmo acórdão, os quais determinam, dentre outras providências, o estabelecimento de orientação normativa e o desenvolvimento de processo de gestão das contratações de software. Para a Secretaria, tais medidas não aderem às competências fixadas para ela por meio do Decreto 9.035/2017. Quanto às demais, o órgão aponta que se referem ao nível operacional da gestão, fora, portanto, do escopo de governança e coordenação sob responsabilidade da Sest (peça 179, p. 10-11).

12. Quanto ao item relativo à recomendação para incrementar contratações de forma conjunta e com a centralização de compras de softwares, observa que a medida deixa de considerar o princípio da autonomia das empresas estatais. De acordo com a Sest, prejuízos podem ser gerados em função de incompreensões acerca do que é gestão, supervisão ou coordenação/governança, além de imputação indevida de responsabilidade (peça 179, p. 11).

13. A Sest ressalta que cabe à cada estatal avaliar a coerência das medidas referentes aos itens recorridos e eventual implementação, com a devida supervisão ministerial. Tal competência é regida pelo Decreto-Lei 200/1967 e pelo estatuto das empresas estatais, os quais asseguram o princípio da autonomia administrativa, operacional e financeira a estas entidades (peça 179, p. 11).

14. A seguir, transcreve o art. 26 do Decreto-Lei 200/1967, o qual prevê que a supervisão ministerial visa a assegurar, dentre outros objetivos, a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Deduz que o princípio da autonomia é de tal sorte importante que é parâmetro para balizar a atuação do ministério supervisor. Para a Sest, o controle sobre as estatais é finalístico e não cabe intervenção na sua gestão, mesmo porque inexistente subordinação hierárquica entre a administração direta e as entidades (peça 179, p. 11-12).

15. Para fundamentar sua opinião, transcreve trecho de parecer da Consultoria-Geral da União sobre supervisão ministerial, no qual, por sua vez, há citações a doutrina e a entendimento do TCU. No trecho, destaca-se que o controle finalístico é referido pelo Decreto-Lei 200/1967 como supervisão ministerial, um tipo de controle administrativo que não se reflete em subordinação hierárquica. Seu

objetivo seria a verificação do enquadramento da entidade controlada no programa geral do governo e a avaliação do atingimento de suas finalidades estatutárias (peça 179, p. 12).

16. Cita os artigos 89 e 90 da Lei 13.303/2016, para argumentar que a Sest, caso implemente a determinação a ela imposta e estabeleça limites contratuais, fatalmente invadirá o espaço reservado à tomada de decisões dos gestores das empresas estatais. Ressalta que a Lei 13.303/2016, também conhecida como estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, não autoriza nenhum órgão, nem mesmo o ministério supervisor, a interferir na administração e funcionamento dessas entidades (peça 179, p. 12-13).

17. Chama atenção para o Acórdão 2422/2018-Plenário, o qual teria reconhecido a importância de se aplicar o “princípio da autonomia em matéria de contratos conduzidos pelas empresas estatais, retirando da Sest quaisquer atribuições relativas à orientação ou fiscalização”. Por tudo isso, argumenta não ser competência da Sest a avaliação e a fiscalização do modelo de contratação de software por parte dos estatais de tecnologia da informação (TI), em razão da autonomia de gestão que elas detêm (peça 179, p. 13).

Análise

18. O presente recurso tem por objetivo a revisão de uma determinação e de uma recomendação proferidas no âmbito do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário. A análise, no entanto, se restringirá à determinação, tendo em vista que, no exame de admissibilidade, entendeu-se não ser cabível o recurso quanto à recomendação, em virtude do caráter não impositivo de tais medidas. O exame foi ratificado pelo relator mediante despacho (peças 183 e 188).

19. Convém, de início, transcrever novamente o item recorrido:

9.1. determinar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU: (...)

9.1.2. à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais que, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, avalie os comandos previstos nos itens (e respectivos subitens) 9.2.4 e 9.1.1 para verificar se estão coerentes com as atribuições previstas no Decreto-Lei 200/1967, art. 26, inciso III, e no Decreto 9.035/2017, art. 41, inciso III e X, e os implemente no âmbito da supervisão das empresas estatais, motivando-os explicitamente caso não aplicáveis;

20. O item 9.2.4, citado no item recorrido, corresponde a uma recomendação e, portanto, não será objeto de análise. Já o item 9.1.1, também mencionado na determinação recorrida, se refere a um comando dirigido à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação (Setic) do MP, e ao CNJ.

21. Essa medida determina que esses dois órgãos estabeleçam orientações normativas para reger contratações de TI efetivadas por órgãos da APF sob sua supervisão. São várias orientações que vão desde a proibição de aceitação de carta de exclusividade até o desenvolvimento de processo de gestão estratégica para as contratações de soluções de grandes fabricantes de software.

22. De acordo com o item recorrido, coube à Sest a avaliação dessas orientações e sua implementação junto as empresas estatais, quando aplicável. Em apertada síntese, a Sest procura demonstrar que não exerce atividade de supervisão ministerial junto às estatais e que, portanto, estaria fora de sua competência a implementação da determinação objeto de seu recurso.

23. Antes de adentrar no cerne da controvérsia, necessário avaliar uma questão de fundo relativa à Sest. Como se sabe, há alguns meses ocorreu uma reforma administrativa que extinguiu vários ministérios da estrutura do poder executivo federal.

24. O próprio MP, do qual a Sest era uma das secretarias, foi extinto. As funções de coordenação e governança das estatais foram transferidas para o Ministério da Economia (ME), conforme se deduz a partir do inciso XIX do artigo 31 da Medida Provisória (MP) 870/2019.

25. Assim, o Decreto 9.035/2017, diversas vezes citado pela recorrente em seu arrazoadado, encontra-se revogado. Em seu lugar, vigora atualmente o Decreto 9.745/2019, relativo à estrutura do ME. De acordo com o artigo 98 desta norma, a Sest continuou com a mesma denominação e não houve alteração nas suas competências.
26. Dessa forma, embora a argumentação da Secretaria tenha sido elaborada com base em uma norma já revogada, ela continua válida porque, na nova norma, não houve alteração nem na denominação do órgão nem nas suas atribuições. Superado esse questionamento, retorna-se à análise do mérito do recurso.
27. A determinação sob protesto é oriunda de trabalho realizado pela Sefti, uma auditoria operacional cujo objetivo foi avaliar as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de software do setor de TI nas contratações realizadas pelo poder público. Foram observadas diversas práticas impositivas de condições desfavoráveis para a APF, resultando em prejuízos consideráveis.
28. Em consequência do trabalho, foram propostas várias medidas estruturantes para diminuir os riscos de desperdício de dinheiro público quando da contratação desses fornecedores. Por se tratar de auditoria operacional, foram colhidos os depoimentos dos gestores, conforme previsto no Manual de Auditoria Operacional do TCU, aprovado em 26/2/2010.
29. Por conseguinte, alguns dos aspectos trazidos pela recorrente nessa oportunidade foram analisados anteriormente no âmbito do trabalho de auditoria. Quanto à falta de competência para implementar a determinação, a Sefti rebate o argumento com a transcrição de dispositivos que dariam amparo à atuação pretendida, em especial aqueles relativos ao princípio da eficiência (peça 125, p. 66-67).
30. Na ocasião, a Sefti entendeu que deveria haver, para as empresas estatais, orientações normativas para a contratação de soluções de TI, tal como existe para as demais entidades da APF, que participam obrigatoriamente do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (Sisp) do poder executivo federal. Para a unidade, a Sest deveria ser o órgão responsável pela emissão dessas orientações, a exemplo do que é a Setic para o Sisp (peça 125, p. 67).
31. De fato, de acordo com o parágrafo único do art. 1º do Decreto 7579/2011, é facultada às empresas públicas e às sociedades de economia mista a participação no Sisp. O Sisp é um sistema, criado pelo precitado decreto, que reúne entidades da APF com o objetivo de planejar, coordenar, organizar, controlar e a supervisionar a utilização dos recursos de TI da APF como um todo.
32. É inegável a contribuição do Sisp para o aperfeiçoamento e a otimização das compras governamentais quando se trata de TI. Um exemplo é a Instrução Normativa 4, de 11 de setembro de 2014, emitida pela Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do extinto MP (IN MP/SLTI 4/2014). Essa norma é um referencial para o processo de contratações de TI dos órgãos e entidades participantes do Sisp e muitas de suas regras foram discutidas no âmbito de trabalhos do TCU, semelhantes à auditoria operacional em comento.
33. Observa-se, a partir do item 421 da análise referente aos comentários dos gestores, que a equipe de auditoria levou em consideração algumas das ponderações trazidas pela Sest naquela ocasião. Depreende-se, desse item, que não estava claro se a Sest seria o órgão central no campo da TI para as estatais. Por isso, conforme o trabalho, a Sest foi excluída como destinatária de diversos comandos do acórdão recorrido e optou-se pelo encaminhamento no sentido de determinar que fosse feita uma avaliação da situação (peça 125, p. 67).
34. Conforme se observa, há uma lacuna de atuação quanto ao uso racional dos recursos de TI por parte das empresas estatais, já que elas não estão obrigadas a participar do Sisp. Por isso, entende-se que há necessidade desse tipo de atuação por parte de algum órgão, ou seja, alguém deve se preocupar com essas questões, fundamentais para evitar o desperdício de recursos públicos. A Sest entende que não é esse órgão, embora a Sefti apresente vários dispositivos passíveis de suportar esse tipo de atuação.

35. No caso sob exame, é preciso salientar que a determinação foi no sentido de fazer uma avaliação da situação e implementar os comandos somente se aplicáveis. Assim, caso a Sest entenda que essa atuação, embora necessária, não seja de sua alçada, é sempre possível apontar qual seria o órgão responsável por essa atribuição. Em outras palavras, sua avaliação pode ser de que essa competência pertence a outro órgão da APF ou, até mesmo, que seja necessária a criação desse órgão.

36. No seu recurso, a Sest pretende que o responsável pela implementação dessas orientações seria o ministério ao qual a estatal se vinculasse, em virtude de ser uma função de supervisão. Não é possível acatar essa argumentação, pois essas orientações devem abarcar todas as estatais, não sendo razoável esperar que normas distintas sobre os mesmos temas sejam emitidas apenas devido à vinculação da estatal com um ou outro ministério.

37. Quanto à questão da autonomia, repise-se que foi determinada a elaboração de uma avaliação. Dessa forma, caso a Sest entenda que algum comando não seja aplicável por esse motivo, basta apresentar essa justificativa na apresentação de sua avaliação com a fundamentação necessária.

CONCLUSÃO

38. Conclui-se, a partir da análise efetivada, que não há motivo para o reexame da decisão recorrida.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

39. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do pedido de reexame interposto pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério da Economia contra o Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 48 da LOTCU:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.
- b) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à recorrente e aos demais interessados.

SERUR, em 11 de junho de 2019.

(assinado eletronicamente)
ANTÔNIO MARTINS JÚNIOR
AUFC – Mat. 5636-7