

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 030.236/2016-9 [Aposos: TC 023.456/2017-5, TC 041.426/2018-5, TC 043.461/2018-2]

Natureza: Pedido de reexame (Relatório de Auditoria)

Órgão: Ministério da Economia

Representação legal: não há

SUMÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL. PRÁTICAS COMERCIAIS ADOTADAS POR GRANDES FABRICANTES DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (TI) NA RELAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR OCASIÃO DA CONTRATAÇÃO DE LICENCIAMENTO DE **SOFTWARE** E SEUS SERVIÇOS AGREGADOS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO DIRIGIDA À SECRETARIA DE COORDENAÇÃO E GOVERNANÇA DAS EMPRESAS ESTATAIS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como parte inicial do relatório a instrução elaborada por auditor da Secretaria de Recursos (peça 190), que contou com a anuência dos dirigentes da mencionada unidade técnica (peças 191 e 192):

“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, Exm^o. 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 arrazoado, 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.”

2. O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se parcialmente de acordo com a proposta da unidade técnica. Transcrevo parecer do **Parquet**:

“Cuidam os autos de pedido de reexame interposto pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) contra o Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário (peça 129, relator: Ministro Aroldo Cedraz), prolatado na sessão ordinária de 7/11/2018.

2. Por meio da referida deliberação, o Tribunal apreciou auditoria operacional cujo objetivo era avaliar as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de tecnologia da informação (TI) em sua relação com a Administração Pública federal, por ocasião da contratação de licenciamento de software e seus serviços agregados.

3. A Sest, por meio do recurso à peça 179, demonstrou inconformismo em relação a duas das três medidas que lhe foram dirigidas por meio da deliberação adversada, a seguir transcritas, tendo requerido ao TCU, em consequência, que declarasse a insubsistência dos subitens 9.1.2 e 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário:

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;

(...)

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:

(...)

9.2.2. 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 [extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão], conforme estabelecido no item 9.1.1;

(...) (grifos nossos)

4. A recorrente, apesar de ter sido a destinatária da recomendação a seguir transcrita, não apresentou pedido de reexame contra o subitem 9.2.5 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário:

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

9.2.5.1. orientem [sic] 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 [sic] 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 [Software as a Service] e Computação em Nuvem, de forma a subsidiar o planejamento para a mudança na forma de custeio da TI governamental ao longo dos anos;

5. Ao promover o exame de admissibilidade do recurso da Sest, a Secretaria de Recursos do TCU (Serur) concluiu que haveria condições de conhecer apenas do pedido de reexame interposto contra o subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário (peças 183 e 184). A unidade técnica considerou que “não há sucumbência, no que se refere ao subitem 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário”, visto que, em sua opinião, a “expedição de recomendações por parte do TCU não gera qualquer sucumbência ao seu jurisdicionado ante seu caráter não impositivo” (peça 183, p. 2).

6. O exame de admissibilidade levado a efeito pela Serur foi acolhido pelo Ministro Benjamin Zymler (peça 188), relator sorteado para a apreciação do pedido de reexame.

7. Por meio da instrução à peça 190 (pareceres concordantes do diretor e do secretário às peças 191 e 192, respectivamente), a Serur concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame, mas que não haveria motivo para alteração da deliberação recorrida, tendo sugerido, em consequência, a negativa de provimento.

*8. Após analisar apenas a determinação constante do subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário – tendo em vista que não foi admitido, pelo Ministro Benjamin Zymler, o recurso contra a recomendação consignada no subitem 9.2.2 da mencionada deliberação –, a unidade técnica observou que, no âmbito da auditoria operacional, “**não estava claro se a Sest seria o órgão central no campo da TI para as estatais**” e que, em razão dessa dúvida, “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” (transcrições do parágrafo 33 da instrução à peça 190, p. 9 – grifos nossos).*

9. Por considerar que o Tribunal dirigiu determinação à Sest apenas para que essa unidade do Ministério da Economia (ME) avaliasse se seriam aplicáveis diversas medidas que, nos termos do subitem 9.1.1 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, foram, originalmente, dirigidas à então Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação

do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (STIC/MPDG) – atual Secretaria de Governo Digital (SGD) da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do ME¹ – e ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Sest apresentou, na essência, as seguintes ponderações:

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.

(...)

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.**

(peça 190, p. 10 – grifos nossos)

10. Por meio do despacho à peça 194, o Ministro Benjamin Zymler, “tendo em vista a relevância da matéria” (p. 1), solicitou a manifestação do Ministério Público de Contas da União.

11. Preliminarmente, repisa-se a informação indicada no parágrafo 3 deste parecer, de que não houve interposição de recurso, por parte da Sest, contra a recomendação do subitem 9.2.5 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário.

12. Tendo em vista, contudo, que o raciocínio a ser adiante desenvolvido engloba tanto a determinação como as duas recomendações que foram dirigidas pelo Tribunal à Sest, o Parquet de Contas defende que a análise do pedido de reexame seja feita não apenas em relação aos subitens 9.1.2 e 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, mencionados expressamente no recurso sob exame (peça 179), mas, também – por arrastamento teleológico –, em relação ao subitem 9.2.5 do referido decism.

13. Ao contrário do entendimento manifestado pela unidade técnica, o Ministério Público defende, portanto, o conhecimento do pedido de reexame em relação não apenas à determinação combatida pela Sest, mas, também, em face das duas recomendações dirigidas à Secretaria, por verificarmos sucumbência da parte.

14. Explica-se a presença de sucumbência: caso a Sest deixe de cumprir as providências demandadas pela Corte de Contas e apresente motivos – em sede de monitoramento do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário – para essa sua conduta omissiva, pode vir a se concretizar dano efetivo em desfavor de seus gestores – por meio da realização de audiência dos servidores envolvidos e da eventual aplicação de sanção –, caso o Tribunal conclua que não houve a devida fundamentação para o referido descumprimento.

15. Cabe lembrar, nesse sentido, que as recomendações direcionadas aos jurisdicionados do TCU não tem caráter impositivo como as determinações, mas, em caso de aquelas não virem a ser cumpridas, devem contar com as correspondentes justificativas do gestor (vide os seguintes acórdãos do Plenário: 3.467/2014 – relator Ministro Bruno

¹ Vide item 2 da alínea “h” do inciso II do art. 2º do Anexo I ao Decreto 9.745/2019.

Dantas; e 73/2014 e 1.171/2014, ambos sob relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti).

16. Desse modo, deve ser vista com reservas a opinião da Serur, quanto à impossibilidade de se reconhecer sucumbência da parte nos casos de recomendações do TCU, visto que, a depender de cada situação concreta, há que se avaliar se inexistente, ou não, interesse recursal capaz de propiciar o conhecimento de eventual recurso que tenha como objetivo desconstituir ou alterar texto de recomendação.

17. Nesse sentido é o Acórdão 2.533/2015-TCU-Plenário (relator: Ministro Bruno Dantas), cujo enunciado tem a seguinte redação: “Em regra, as recomendações expedidas pelo TCU não geram sucumbência à parte e não ensejam pretensão recursal. Contudo, a aplicabilidade desse entendimento deve ser analisada em cada caso concreto.” (grifo nosso).

18. Superado o exame de conhecimento, passa-se à análise de mérito do recurso.

19. Quanto ao subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, há que se reconhecer a impossibilidade e a impertinência de se avaliar se é possível, ou não, implementar “os comandos previstos nos itens (e respectivos subitens) **9.2.4 e 9.1.1** para verificar se estão coerentes (...)” com suas atribuições (grifo nosso sobre o subitem da recomendação e da determinação, respectivamente).

20. Da leitura dos subitens 9.1.1 e 9.2.4 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, é possível verificar que concretizam comandos que tiveram como alvo dois **órgãos governantes superiores (OGS)** com competência para emanar, em relação aos órgãos e entidades que lhes são vinculados, políticas, estratégias, normas e diretrizes sobre a gestão e a governança de TI. No caso, as medidas foram dirigidas à então STIC/MPDG, cujas atribuições atualmente estão a cargo da SGD/ME, e ao CNJ.

21. A SGD/ME é o órgão central do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo federal (Sisp), que, nos termos do art. 2º do Decreto 7.579/2011, tem as seguintes atribuições:

Art. 2º O SISP tem por finalidade:

I - assegurar ao Governo federal suporte de informação adequado, dinâmico, confiável e eficaz; (...)

III - promover a integração e a articulação entre programas de governo, projetos e atividades, visando à **definição de políticas, diretrizes e normas relativas à gestão dos recursos de tecnologia da informação;**

IV - **estimular o uso racional dos recursos de tecnologia da informação, no âmbito do Poder Executivo federal,** visando à melhoria da qualidade e da produtividade do ciclo da informação;

V - estimular o desenvolvimento, a padronização, a integração, a interoperabilidade, a normalização dos serviços de produção e disseminação de informações, de forma desconcentrada e descentralizada;

VI - propor adaptações institucionais necessárias ao **aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão dos recursos de tecnologia da informação;**

VII - estimular e promover a formação, o desenvolvimento e o treinamento dos servidores que atuam na área de tecnologia da informação; e

VIII - definir a política estratégica de gestão de tecnologia da informação do Poder Executivo federal.

§ 1º Consideram-se recursos de tecnologia da informação o conjunto formado pelos bens e serviços de tecnologia da informação que constituem a infraestrutura tecnológica de suporte automatizado ao ciclo da informação, que envolve as atividades de produção, coleta, tratamento, armazenamento, transmissão, recepção, comunicação e disseminação.

(...) (grifos nossos)

22. *Não restam dúvidas, portanto, que a SGD/ME, como legítimo OGS no âmbito do Poder Executivo federal para a gestão e a governança de TI – o que inclui as tarefas de normatização, uniformização e coordenação da aquisição de softwares e serviços de grandes fornecedores –, tem plenas condições de dar cumprimento aos comandos dos subitens 9.1.1 e 9.2.4 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário.*

23. *No que se refere ao CNJ, sua condição de OGS decorre diretamente da Constituição Federal, ex vi do disposto no § 4º do art. 103-B da Carta Maior:*

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos (...):

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...) (grifos nossos)

24. *Percebe-se, portanto, que não há como se equiparar as competências/atribuições da SGD/ME e do CNJ, conferidas, respectivamente, por meio do Decreto 7.579/2011 e da Constituição Federal, com aquelas da Sest, visto não ser essa Secretaria um OGS em relação às empresas estatais e por não ter o Decreto 9.745/2019 a ela atribuído competências nesse sentido.*

25. *Por oportuno, a fim de subsidiar o raciocínio a seguir apresentado, sobre qual instância do governo federal poderia configurar o OGS na área de TI em relação às empresas estatais, cabe apresentar as principais competências da Sest e de duas de suas subunidades, previstas no Anexo I do Decreto 9.745/2019:*

Art. 98. À Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais compete:

I - coordenar a elaboração do Programa de Dispendios Globais - PDG, do orçamento de investimento das empresas estatais e do demonstrativo da política de aplicação das instituições financeiras oficiais de fomento e compatibilizá-los com o plano plurianual e com as metas de resultado primário fixadas;

II - acompanhar as execuções orçamentárias e da meta de resultado primário das empresas estatais e requerer, quando julgar convenientes e necessárias, ações corretivas por parte dessas empresas;

III - promover a articulação e a integração das políticas das empresas estatais e propor diretrizes e parâmetros de atuação sobre políticas de pessoal, de governança e de orçamento;

(...)

VI - manifestar-se sobre os seguintes assuntos relacionados às empresas estatais:

(...)

*VIII - coordenar o Grupo Executivo da **Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União [CGPar]** e exercer a função de secretaria-executiva da Comissão;*

(...)

X - contribuir para o aumento da eficiência e da transparência das empresas estatais, para o aperfeiçoamento e a integração dos sistemas de monitoramento econômico-financeiro e para o aperfeiçoamento da gestão dessas empresas;

(...)

*XIII - solicitar a elaboração e acompanhar a execução de planos de ação para **melhoria da gestão e da eficiência das empresas estatais.***

(...)

*Art. 100. Ao **Departamento de Orçamento de Estatais** compete analisar as propostas, orientar e coordenar as atividades referentes aos orçamentos das empresas estatais, inclusive o acompanhamento e o monitoramento de sua execução, além de avaliar os resultados alcançados pelas empresas e **coordenar questões relacionadas com gestão da informação de empresas estatais.***

*Art. 101. Ao **Departamento de Governança e Avaliação de Estatais** compete:*

*I - analisar as propostas, orientar e coordenar as atividades referentes a atos societários, remuneração de membros estatutários, processos de liquidação, monitoramento econômico-financeiro, **avaliação da gestão e da governança das empresas estatais federais**, prestar apoio à CGPAR e operacionalizar a indicação e a orientação da atuação de conselheiros de administração e liquidantes;*

(...)

IV - coordenar as discussões sobre governança de empresas estatais entre os órgãos do Ministério e as suas entidades vinculadas;

(...) (grifos nossos)

26. Não obstante não ser juridicamente correto equiparar a Sest com a SGD/ME e com o CNJ, por não ser aquela Secretaria, repita-se, OGS para os fins pretendidos pelas medidas constantes nos subitens 9.1.1 e 9.2.4 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, é possível reconhecer a relevância da Sest na articulação e na integração das políticas das empresas estatais, o que inclui a área de TI.

27. Tal conclusão inclui a possibilidade de a referida unidade do ME coordenar e mobilizar as empresas estatais – via orientações diretas e/ou por meio da promoção de

ações de integração entre entidades distintas, por exemplo –, inclusa a adoção subsidiária, a título de boas práticas, das recomendações constantes do Acórdão 3.051/2014-TCU-Plenário² (relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira).

28. *Tais iniciativas podem contribuir para o alcance de maior eficiência na gestão e na governança dos recursos de TI das estatais, sendo o relacionamento com grandes fornecedores de softwares e dos correspondentes serviços agregados um dos nichos nos quais não se vislumbra impeditivos para que a Sest exerça tal mister, nos limites das competências delineadas pelo Anexo I do Decreto 9.745/2019.*

29. *Destaca-se que esse reconhecimento do importante papel da Sest – que, ao que tudo indica, não conta com a mesma percepção por parte da recorrente (vide argumentação à peça 179) – não implica desrespeito nem à **autonomia** das empresas estatais nem ao papel de **supervisão** conferido aos ministérios, nos termos da Lei 13.303/2016 e do Decreto-lei 200/1967, desde que a referida Secretaria exerça, tão somente, o papel de coordenação e orientação que normativamente lhe cabe.*

30. *O raciocínio apresentado conduz a duas principais conclusões: primeiro, que a Sest, conforme constou do texto da determinação do subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, não cumpre o papel de “supervisão das empresas estatais”, nem tem condições de dar cumprimento aos subitens 9.2.4 e 9.1.1 dessa deliberação, em vista de sua equivocada equiparação com os OGS para os quais os comandos desses dois subitens foram originalmente dirigidos (SGD/ME e CNJ).*

31. *Essa primeira conclusão, por si só, já seria suficiente para dar provimento parcial ao pedido de reexame quanto a esse ponto específico, tornando, portanto, insubsistente o subitem 9.1.2 da deliberação recorrida.*

32. *A segunda conclusão que reforça a necessidade de adoção desse encaminhamento reside no fato de que existe, atualmente, uma lacuna legislativa e de governança em relação à instância que poderia ser reconhecida como OGS em matéria de TI para as estatais, capaz de traçar políticas e estratégias, bem como emitir normas, orientações e demais medidas de coordenação e integração com algum traço injuntivo às empresas públicas e sociedades de economia mista – desde que, por certo, respeitada a autonomia dessas entidades.*

33. *A instância legitimada no âmbito das estatais para dar efetividade às medidas consignadas nos subitens 9.1.1 e 9.2.4 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, caso fosse, por hipótese, considerada viável a manutenção da eficácia do subitem 9.1.2 dessa deliberação, deveria ser a CGPar.*

34. *Relembre-se que a CGPar foi criada por meio do Decreto 6.021/2007 “com a finalidade de tratar de matérias relacionadas com a governança corporativa nas empresas estatais federais e da administração de participações societárias da União.” (excerto do caput do art. 1º do diploma normativo – grifo nosso).*

35. *Apesar de a governança corporativa ser o foco das atenções do Decreto 6.021/2007, é possível verificar a existência de competências da CGPar que se relacionam com aspectos relevantes tratados na auditoria operacional apreciada por meio do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, afetos à gestão e à governança pública,*

² Apreciação de “auditorias realizadas em diversos órgãos e entidades da Administração Pública federal com o objetivo de avaliar a implementação dos controles de TI informados em resposta ao levantamento do perfil de governança de TI de 2012, bem como verificar a implementação de controles e processos de governança e gestão de TI para assegurar a entrega de resultados de TI alinhados aos objetivos de negócio das instituições e a gestão de riscos.” (transcrição oriunda do parágrafo inicial do voto condutor do Acórdão 3.051/2014-TCU-Plenário).

especificamente a busca da economicidade e da eficiência na aquisição de softwares e na contratação dos serviços correlatos. Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes dispositivos do referido instrumento infralegal:

Art. 3º Compete à CGPAR:

I - aprovar diretrizes e estratégias relacionadas à participação acionária da União nas empresas estatais federais, com vistas à:

a) defesa dos interesses da União, como acionista;

*b) **promoção da eficiência na gestão**, inclusive quanto à adoção das melhores práticas de governança corporativa;*

(...)

II - estabelecer critérios para avaliação e classificação das empresas estatais federais, com o objetivo de traçar políticas de interesse da União, tendo em conta, dentre outros, os seguintes aspectos:

a) desempenho econômico-financeiro;

b) práticas adotadas de governança corporativa;

*c) **gestão empresarial**;*

(...)

IV - estabelecer diretrizes para a atuação dos representantes da União nos conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, das empresas estatais federais e de sociedades em que a União participa como minoritária; e

(...) (grifos nossos)

36. *Como detentor do poder de controle das empresas públicas e das sociedades de economia mista, é evidente o interesse da União na busca da economicidade e da eficiência em relação aos dispêndios dessas entidades, podendo ser reconhecida a CGPar como a instância legitimada a traçar as estratégias e a emanar as diretrizes para que esses objetivos sejam alcançados na área de TI pelo conjunto das entidades.*

37. *Ocorre que, com o advento do Decreto 9.759, de 11 de abril de 2019, diversos colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional foram extintos a partir de 28/6/2019 (vide caput do art. 5º do decreto), entre eles a CGPar, visto que sua composição incluía os extintos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda, além da Casa Civil da Presidência da República (cf. art. 2º do Decreto 6.021/2007).*

38. *Assim, no atual contexto normativo que conforma a estrutura do Poder Executivo federal, não existe instância de governança – pública e corporativa, bem como de governança de TI³ – para o conjunto das empresas estatais, missão que anteriormente poderia ser desempenhada pela CGPar, considerando que essa Comissão seria, por hipótese, capaz de dar cumprimento à determinação consignada no subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário.*

39. *Reitera-se, assim, diante do cenário descrito, a proposta de conhecimento do pedido de reexame em face do subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário para*

³ “A **governança de TI**, dentre outras possibilidades, é compreendida como o sistema que direciona e monitora a gestão e o uso da tecnologia da informação em uma organização para assegurar que as necessidades de negócio atuais e futuras sejam atendidas.” (parágrafo 18 do voto que fundamentou o Acórdão 3.051/2014-TCU-Plenário – grifo nosso).

que, no mérito, a determinação nele consignada seja considerada insubsistente pelo Tribunal, a partir do provimento parcial do recurso com relação a esse tópico específico.

40. *No que tange às recomendações a serem objeto de análise no presente recurso, verifica-se que as competências atribuídas à Sest por meio do Anexo I do Decreto 9.745/2019 não lhe possibilitam, juridicamente, cumprir as providências que lhe foram demandadas por meio dos subitens 9.2.2 e 9.2.5 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, especialmente se for levado em conta que a referida Secretaria, nos termos anteriormente abordados nesta manifestação, não tem condições de ser reconhecida como OGS na área de TI para as empresas estatais.*

41. *Assim, a fim de conferir efetividade às pretensões do órgão de controle externo quando exarou as recomendações sob exame neste recurso, há que se adequar a redação dos comandos dos referidos subitens 9.2.2 e 9.2.5 da deliberação recorrida ao arcabouço normativo vigente, especialmente o Decreto 9.745/2019.*

42. *Da leitura do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, verifica-se que sua redação parece pressupor o papel de OGS da Sest, razão pela qual há a necessidade de se proceder a ajustes de modo que não haja novos questionamentos quanto à viabilidade jurídica e à possibilidade de a Secretaria cumpri-lo. Para tanto, consideramos necessário levar em consideração os seguintes aspectos.*

43. *O primeiro é a possibilidade de as empresas estatais virem a participar voluntariamente do SISP, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º do Decreto 7.579/2011, in verbis: “É facultada às empresas públicas e às sociedades de economia mista a participação no SISP, cujas condições devem constar de termo próprio a ser firmado entre os dirigentes das entidades e o titular do Órgão Central do SISP”.*

44. *Tal situação poderia trazer ganhos para as entidades que optarem pela adesão ao SISP, tendo em vista a experiência acumulada pela SGD/ME e pelas unidades que a antecederam na gestão e na governança das aquisições de softwares de grandes fornecedores. Atende-se, assim, ao princípio da eficiência, insculpido no caput da art. 37 da Constituição Federal, dispositivo que foi expressamente indicado no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário.*

45. *O segundo refere-se à necessidade de deixar a cargo da Sest a decisão de como deverá agir para, entre outros fins, promover “o incremento de contratações de forma conjunta e a centralização de compras de softwares de grandes fabricantes” (texto extraído da recomendação recorrida).*

46. *Com suporte na competência descrita no inciso III do art. 98 do Anexo I do Decreto 9.745/2019, na qual a ênfase se concentra no papel de “articulação” e de “integração das políticas das empresas estatais”, e com o intuito de não tolher a necessária discricionariedade da Sest quanto à forma de dar cumprimento à recomendação do TCU, sugere-se, adiante, a simplificação do texto da medida originalmente dirigida à Secretaria.*

47. *Quanto à segunda recomendação a ser objeto de análise no presente recurso, o Ministério Público entende que a redação do subitem 9.2.5 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário deve se adequar à missão da Sest, tendo em vista as competências dessa Secretaria, descritas no Anexo I do Decreto 9.745/2019.*

48. *Desse modo, deve ser modificada a redação dos subitens 9.2.5.1 e 9.2.5.2 do acórdão recorrido, no sentido de que se evite qualquer interpretação equivocada quanto ao fato de a Sest supostamente exercer atividade de supervisão sobre as empresas estatais.*

49. *Além disso, verifica-se a oportunidade de incrementar a viabilidade de cumprimento das recomendações constantes dos subitens indicados no parágrafo precedente caso a Sest obtenha subsídios junto à SGD, unidade também pertencente ao ME, a fim de orientar as empresas estatais quanto aos aspectos ligados aos novos modelos de comercialização e contratação de softwares. Evita-se, assim, retrabalho por parte da Sest, que pode auferir ganhos de eficiência a partir do usufruto da expertise da SGD, unidade que possui maior estrutura – especialmente em termos de recursos humanos – para o devido acompanhamento do tema.*

50. *Especificamente quanto à redação original do subitem 9.2.5.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, o Ministério Público sugere a alteração da ação ali indicada – “avalie” –, a fim de que não se confunda o papel exercido pela Sest com a função de avaliação que, normativamente, pode ser exigida dos OGS.*

51. *Em consequência, propõe-se, a partir do provimento parcial do recurso em relação ao referido subitem, que à referida Secretaria seja recomendado, tão somente, que mantenha registro, ano a ano, sobre o “impacto orçamentário e financeiro das contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, a exemplo de software como serviço (Software as a Service – SaaS) e Computação em Nuvem” (texto oriundo da recomendação recorrida), sem que seja necessário que a Sest proceda a qualquer avaliação sobre as informações obtidas das empresas estatais, o que poderia implicar em extrapolação de suas competências, previstas no Anexo I do Decreto 9.745/2019.*

52. *Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas da União manifesta sua discordância em relação à proposta da Serur. Sugere, em consequência, o seguinte encaminhamento para a apreciação do recurso:*

a) conhecer do pedido de reexame interposto pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) contra os subitens 9.1.2 e 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, com extensão ao subitem 9.2.5 dessa deliberação, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

b) tornar insubsistente o subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário;

c) reformar o Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, de modo a conferir a seguinte redação aos seus subitens 9.2.2 – com inclusão de subitens –, 9.2.5, 9.2.5.1 e 9.2.5.2:

9.2.2. à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, com base no caput do art. 37 da Constituição Federal (princípio da eficiência) e nos arts. 98 a 101 do Anexo I do Decreto 9.745/2019, que incentive as empresas estatais no âmbito do Poder Executivo federal a:

9.2.2.1.caso se mostre viável, ingressarem no Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo federal (Sisp), conforme possibilidade constante do parágrafo único do art. 1º do Decreto 7.579/2011;

9.2.2.2.incrementarem as contratações de forma conjunta e a centralizarem as compras de softwares de grandes fabricantes, especialmente entre entidades e suas subsidiárias, de modo a desonerar as organizações públicas de, individualmente, levantar, entender e utilizar os modelos de comercialização dos grandes fabricantes de software, em consonância com os arts. 32, inciso I; 63, inciso IV; e 67 da Lei 13.303/2016, com a definição de soluções padronizadas, incluindo os

softwares em si e seus serviços agregados, bem como as descrições padronizadas dos respectivos objetos;

(...)

9.2.5. à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, com suporte no disposto nos arts. 98 a 101 do Anexo I do Decreto 9.745/2019, que, a partir de subsídios obtidos junto à Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia:

9.2.5.1. oriente as empresas estatais no âmbito do Poder Executivo federal a respeito dos novos modelos de comercialização, com a identificação das principais preocupações relativas ao tema, e para preparação, no planejamento dessas entidades, para as mudanças de paradigma nos modelos de contratação de software;

9.2.5.2. registre, ano a ano, a partir de informações obtidas junto às empresas estatais no âmbito do Poder Executivo federal, o impacto orçamentário e financeiro das contratações de software baseadas em modelos voltados totalmente para serviços, a exemplo de software como serviço (Software as a Service – SaaS) e Computação em Nuvem, de forma a subsidiar o planejamento para a mudança na forma de custeio da tecnologia da informação governamental ao longo dos anos;

d) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida nos autos ao recorrente; ao Ministério da Economia e à sua Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital; e à Casa Civil da Presidência da República.”

É o relatório.