

VOTO

Preliminarmente, conheço do recurso em apreço, eis que foram preenchidos os requisitos necessários à espécie.

2. Trata-se de pedido de reexame interposto pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) em desfavor do Acórdão 2.569/2018-Plenário. A referida decisão apreciou auditoria operacional destinada à avaliação das 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.

3. Cabe apontar, no que interessa ao pleito recursal, as principais conclusões da equipe de auditoria relacionadas às contratações de software na Administração Pública Federal:

a) elevada complexidade dos modelos de comercialização dos **softwares**: atualmente as aquisições são feitas por meio de licença de uso, no qual o usuário adquire o direito de usar o **software**, normalmente de forma perpétua, com base em algum parâmetro de quantificação (por usuários, por processador etc.). Adicionalmente, o contratante pode adquirir alguns serviços que estão vinculados às licenças contratadas, por um período determinado, a exemplo do suporte técnico, correção de erros e atualização de versões (serviços agregados). Há fabricantes que comercializam os serviços agregados com algum nível de separação e outros que os tratam de forma conjunta;

b) falta de transparência dos modelos de comercialização: nem sempre os preços são apresentados para os contratantes (órgãos públicos) de forma transparente, em especial no tocante aos preços praticados de cada item das soluções. Por exemplo, os serviços agregados normalmente são cobrados como percentuais das licenças de **software** (em regra, entre 20 e 25%). Entretanto, esses percentuais são obscuros, pois não constam dos contratos (somente constam os valores finais dos softwares e serviços);

c) existência de cláusulas contratuais desfavoráveis. É comum, por exemplo, a previsão de pagamento retroativo dos períodos em que a organização pública ficou sem contrato de serviços agregados, no caso de a organização voltar a contratar novamente esses serviços. Dito de outro modo, paga-se pelo período de interrupção do vínculo.

d) aumento nos valores das licenças e dos serviços agregados quando as organizações estão em uma situação de dependência da tecnologia.

4. Essas situações levaram o TCU, por meio do Acórdão 2569/2018 – Plenário, a fazer diversas determinações e recomendações à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, atualmente Ministério da Economia (ME), ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest).

5. As duas primeiras instituições (ME e CNJ) são vistas como Órgãos Governantes Superiores (OGS), ou seja, 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. A atribuição do Ministério da Economia, por exemplo, está prevista no art. 2º do Decreto 7.579/2011, a quem compete, dentre outras coisas, definir a política estratégica de gestão da tecnologia da informação do Poder Executivo Federal e estimular o desenvolvimento, a padronização, a integração, a interoperabilidade, a normalização dos serviços de produção e a disseminação de informações.

6. Ao Sest foi determinada a avaliação dos comandos expedidos para o ME e o CNJ, verificando a coerência deles frente às atribuições da recorrente previstas no Decreto 9.035/2017, que aprovou a estrutura do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Atualmente essa norma encontra-se revogada pelo Decreto 9.679/2019, dada a criação do Ministério da Economia. Contudo, as atribuições da Sest mantiveram-se praticamente inalteradas. Não há prejuízo material, portanto, às discussões que serão travadas no presente processo.

7. Eis o teor da determinação endereçada à Secretaria de Coordenação e Governança das

Empresas Estatais:

“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;”

8. Os itens 9.2.4 e 9.1.1 contêm determinações endereçadas ao Ministério da Economia e ao CNJ, respectivamente. De modo geral, visam obter condições mais favoráveis nas aquisições de **software** junto a grandes fabricantes, eliminando-se os problemas mencionados no terceiro parágrafo deste voto. Em especial cito o comando para que sejam estabelecidas orientações normativas voltadas à implementação de modelos de compra conjunta ou centralizada, aproveitando-se do fator escala.

9. À Sest também se recomendou a adoção de medidas para promover, junto às entidades vinculadas, o incremento de contratações de forma conjunta e centralizada, adotando soluções e descrições do objeto padronizadas; a orientação acerca dos novos modelos de contratação e comercialização; e a avaliação do impacto orçamentário e financeiro das contratações de **software** baseadas em modelos voltados totalmente para serviços. Eis os comandos:

“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 e 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; (...)

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;”

10. No pedido de reexame, a Sest impugnou a determinação e uma das recomendações (itens 9.1.2 e 9.2.2, respectivamente), argumentando que: a) 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; b) suas atividades

não se confundem com aquelas relativas à supervisão ministerial, mesmo porque não há relação de vinculação entre a Sest e as estatais; c) os itens 9.2.4 e 9.1.1 do acórdão, os quais determinam, dentre outras providências, o estabelecimento de orientação normativa e o desenvolvimento de processo de gestão das contratações de **software**, não aderem às competências da Sest; d) haveria confusão entre os conceitos de gestão, supervisão ou coordenação/governança, somente este último cabendo à recorrente, não sendo devida, portanto, a recomendação para incrementar contratações de forma conjunta e com a centralização de compras de **softwares**, por violar o princípio da autonomia das empresas estatais.

11. A Secretaria de Recursos (Serur) ponderou preliminarmente pelo não conhecimento do recurso quanto à recomendação expedida, pois o comando não é de cumprimento obrigatório, inexistindo, no caso, sucumbência. Por outro lado, propôs negar provimento ao recurso interposto contra a determinação contida no 9.1.2 do acórdão recorrido. Isso porque esse comando visou tão somente provocar uma avaliação da própria jurisdicionada quanto à sua eventual função de centralização e concentração de atividades análogas às desempenhadas pelos Órgãos Governantes Superiores.

12. O MPTCU, por sua vez, propôs o provimento parcial do pedido de reexame, tornando insubsistente a determinação e alterando a redação de todos os itens objeto de recomendação à Sest.

13. No entender do **Parquet** (Procurador Rodrigo Medeiros de Lima), à Sest não cabe a supervisão das empresas estatais, nem pode ela ser equiparada aos OGS, em que pese exista uma lacuna legislativa e de governança em relação à instância que poderia ser reconhecida como OGS em matéria de TI para as estatais. Propõe, assim, a exclusão da determinação, bem como a alteração de redação dos subitens 9.2.2 e 9.2.5 da deliberação recorrida, eliminando quaisquer expressões que pudessem dar azo a interpretações de que a Sest exerceria a supervisão das estatais ou qualquer função análoga à dos OGS.

14. Manifesto-me de acordo com a análise da Serur, cujos fundamentos incorporo como razões de decidir, mas entendo que a recomendação prevista no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.569/2018-Plenário necessita de aperfeiçoamento para deixar claro que à Sest não compete atividades de supervisão das estatais, mas tão somente de coordenação e de governança. Assim, proporei o provimento parcial para modificar o citado item.

15. Portanto, não farei os ajustes sugeridos pelo Ministério Público junto ao TCU no subitem 9.2.5 da deliberação recorrida. Por não ter sido questionado pela recorrente, entendo que houve concordância quanto à redação desse dispositivo. Sendo assim, qualquer modificação poderia ensejar a interposição de novo recurso com efeito suspensivo, medida que poderia atrasar o monitoramento da deliberação inicial.

16. A finalidade da determinação contida no subitem 9.1.2 consiste na avaliação, por parte da recorrente, acerca da compatibilidade entre as ordens endereçadas ao ME e ao CNJ e as atribuições da recorrente previstas no Decreto 9.035/2017, revogado pelo Decreto 9.679/2019. Percebe-se que a deliberação recorrida não impôs a adoção de comportamentos típicos dos Órgãos Governantes Superiores, mas tão somente um exame de adequação. É isso que se espera.

17. Antes de prosseguir, transcrevo as principais atribuições da recorrente previstas no Decreto 9.679/2019:

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

I - coordenar a elaboração do Programa de Dispêndios 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; (...)

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. (...)”

18. Os itens 9.2.4 e 9.1.1 da decisão recorrida contêm uma miscelânea de propostas de aperfeiçoamento.

19. O item 9.1.1 da decisão recorrida impôs ao CNJ orientação normativa às organizações federais sob supervisão para que, dentre outras coisas, não celebrassem contrato em que houvesse referência a regra externa não prevista no instrumento; vedassem dispêndios antecipados por licenças de software; vinculassem o pagamento dos serviços agregados às licenças efetivamente utilizadas; não permitissem a cobrança retroativa de valores relativos aos serviços de suporte técnico e de atualização de versões; expusessem os riscos da solicitação de cotação de preços; e estabelecessem padrões de acordos de níveis de serviço.

20. Também foi requerido ao CNJ o desenvolvimento de 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 e um levantamento periódico da despesa relacionada a grandes fabricantes. Esse levantamento seria necessário para identificar as discrepâncias de preços dos produtos de **software** adquiridos em seus valores unitários e dar 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.

21. Ao Ministério da Economia (subitem 9.2.4) coube a tarefa de orientar as organizações supervisionadas quanto à necessidade de adotar medidas para evitar os impactos causados pela ocorrência do registro de oportunidade (a elaboração de certames que viabilizem a participação de revendedores de fabricantes distintos, por exemplo); estabelecer mecanismos para identificação dos preços praticados para as soluções com maior risco de dependência tecnológica, evitando-se preços abusivos; avaliar o grau de dependência da solução a ser contratada; planejar ações para minimizar impactos causados por eventual necessidade de substituir a solução a ser adquirida, dentre outras coisas.

22. Algumas dessas determinações buscam que o ME e o CNJ definam a política estratégica da gestão de tecnologia da informação dos órgãos supervisionados – atribuição típica de um OGS. Parece ser o caso, por exemplo, do comando para o desenvolvimento de processo de gestão das contratações de soluções de grandes fabricantes de **software** de uso mais disseminado.

23. Por outro lado, foram feitas determinações que almejam tão somente a melhoria das contratações e, conseqüentemente, da eficiência, sem qualquer interferência nos modelos institucionais. É o caso, por exemplo, da vedação de pagamento antecipado por licenças de **software** e da vinculação dos gastos com serviços limitados às licenças efetivamente utilizadas. Nessas hipóteses, julgo que haveria, em princípio, compatibilidade com as atividades institucionais da Sest (art. 98, X, do Decreto 9.679/2019).

24. Por essa razão, não vislumbro a alegada incompatibilidade absoluta de cada um desses itens com suas atribuições normativas. Deve a recorrente, então, proceder a um cotejamento e justificar, no monitoramento do acórdão recorrido, as eventuais incongruências.

25. É bom esclarecer que não se pretende, com isso, transformar a Sest em um órgão fiscalizador ou controlador das empresas estatais, mas tão somente impulsionar e difundir mecanismos de governança com vistas a diminuir os riscos de desperdício de dinheiro público quando da contratação de serviços relacionados à tecnologia da informação. Esse entendimento não implica, a meu ver, desrespeito à autonomia das empresas estatais nem confusão com o papel de supervisão

conferido aos ministérios.

26. Entender de forma diversa implicaria o surgimento de lacuna normativa/de governança, pois a tarefa de articulação, de integração e de difusão de boas práticas não pode ser desempenhada no âmbito da supervisão ministerial, que tem por natureza e característica o fracionamento. Isto é, haveria perda de eficiência e risco de decisões contraditórias na orientação, pela pasta “A”, das estatais “X” e “Y”, e, pela pasta “B”, da pessoa jurídica “Z”.

27. Em vista dessas razões, nego provimento ao apelo neste ponto e mantenho a determinação contida no subitem 9.1.2 do Acórdão 2.569/2018-Plenário.

28. Como apontado pelo Ministério Público junto ao TCU, a redação do subitem 9.2.2 da decisão recorrida pressupõe o papel de OGS da Sest, razão pela qual deve ser aperfeiçoada, dando-se parcial provimento ao recurso em razão exclusivamente deste fato. A finalidade deve ser mantida, qual seja, incentivar as empresas estatais a incrementarem as contratações de forma conjunta.

29. Para atingir esse objetivo, uma das formas possíveis seria o ingresso das estatais no Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo federal (Sisp), faculdade prevista expressamente no art. 1º, parágrafo único, do Decreto 7.579/2011. Assim, seriam possíveis o planejamento, a organização, a operação e o controle conjuntos dos serviços relacionados a tecnologia da informação.

30. Sem qualquer pretensão de direcionar o modelo de articulação, essa possibilidade deve constar na nova redação do subitem 9.2.2, que passa a ter a seguinte redação:

“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 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;”

31. Ante o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de abril de 2020.

BENJAMIN ZYMLER
Relator