

CONTRATAÇÕES DE INFORMÁTICA NO PODER JUDICIÁRIO COM BASE NA RESOLUÇÃO 182/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Simone Soares Sena de Oliveira¹

Resumo: Os vultosos investimentos da área de tecnologia da informação (TI) fizeram com que o Tribunal de Contas da União (TCU) intensificasse as auditorias nessa área. Nessas auditorias foram encontradas diversas irregularidades na forma de contratação de TI, em virtude disso foi recomendado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que padronizasse os procedimentos para as contratações de TI, que o fez por meio da elaboração da Resolução 182/2013. Esse trabalho visa comparar como eram realizadas as contratações antes da vigência da Resolução 182/2013 do CNJ e como ficou após a entrada em vigor da Resolução.

Palavras-chave: Resolução 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Contratações. Planejamento. Padronização. Melhorias.

Abstract: The large investments in the information technology (IT) area led the Federal Court of Accounts (TCU) to intensify audits in this area. These audits found several irregularities in the form of IT hiring, as a result, it was recommended to the National Council of Justice (CNJ) to standardize the procedures for IT hiring, which made it through the preparation of Resolution 182/2013. This paper aims to compare how the hiring was performed before the CNJ Resolution 182/2013 was in force and how it was after the Resolution came into force.

Keywords: Resolution 182/2013 of the National Council of Justice (CNJ). Hiring. Planning. Standardization. Improvements.

1 INTRODUÇÃO

As soluções de Tecnologia da Informação estão presentes na vida de todos os brasileiros, e, na maioria deles de forma muito intensa. Atualmente a informação está passando por um processo de transformação, deixando de ser física e tornando-se digital.

Os órgãos públicos devem evoluir conforme a sociedade evolui, dessa forma, devem fazer investimento em soluções de tecnologia de informática que atendam essa nova demanda.

Para atender as demandas de soluções de informática, devido a evolução tecnológica, os órgãos públicos passaram a investir grandes montantes, e, como

¹ Especialista em direito público com ênfase em e contratos e Licitações – E-mail: simony.jp@hotmail.com

consequência os procedimentos de contratação desses serviços também sofreram mudanças.

Em um primeiro momento, contratavam-se as soluções de TI por meio da reunião dos serviços de informática que o órgão necessitava, constituindo um único contrato, geralmente com uma única empresa e o pagamento era realizado exclusivamente por hora trabalhada.

Atualmente esse modelo de contratação de TI tornou-se obsoleto, ineficiente e oneroso para a administração pública. Diante disso, houve a necessidade de uma nova modelagem na contratação com o objetivo de torná-la mais eficiente.

O novo modelo de contratação, além de obedecer aos ditames da Lei 8.666/93 também deve obediência à Resolução 182/2013 do CNJ que visa dar diretrizes para as contratações de Soluções de Tecnologia da Informação. Pretende-se investigar neste trabalho se a sua utilização trouxe melhorias ou não para as contratações de Soluções de Tecnologia da Informação no âmbito por Poder Judiciário

Para isso na pesquisa fez o uso do Método Dedutivo, sendo a pesquisa classificada como qualitativa e exploratória, já que a mesma procura uma maior familiaridade com o problema, isto é, o aprimoramento das ideias. Vale mencionar ainda que, quanto às técnicas de coleta de dados, serão utilizadas a pesquisa bibliográfica, esta baseada no estudo da doutrina jurídica, e pesquisa documental, por meio de jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Num primeiro momento traz o contexto histórico da licitação, como a licitação surgiu no Brasil, os conceitos de licitação conforme entendimento de diversos doutrinadores, tradicionais e modernos. O capítulo é concluído com a exploração da finalidade da licitação.

Posteriormente o trabalho discorre sobre o surgimento da Resolução 182/2013 do CNJ e esclarecer como era o modelo de contratação anterior à Resolução e como ocorrem as contratações após a vigência da Resolução 182/2013 do CNJ.

2 HISTÓRICO DA LICITAÇÃO NO BRASIL

2.1 Surgimento da licitação no Brasil

Para ter uma visão geral sobre o surgimento da licitação, devemos entender onde ela está inserida. Para isso iniciaremos com a definição de Governo, Estado e Administração Pública.

Segundo Carvalho (2016, p. 31), Governo é elemento formador do Estado, é a cúpula diretiva do Estado, organizado por meio de uma ordem jurídica por ele posta, a qual consiste num complexo de regras de direito baseadas e fundadas na Constituição Federal.

O Estado, sob o aspecto político, é considerado como uma comunidade de homens fixada sobre um território, com poder superior de ação, mando e coerção é constituída por três elementos: povo, território e governo (MEIRELLES, 2016, p. 64).

O Estado é formado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um deles possuem funções típicas, o Legislativo possui função normativa, o Executivo a função administrativa e o Judiciário a função judicial, ou seja, aplicar a lei aos litigantes (CARVALHO, 2016, p. 30).

Sendo assim, como forma de garantir a harmonia constitucional, cada um desses poderes possuem funções atípicas.

Nesse sentido, o poder Legislativo, ao realizar um procedimento licitatório para contratação de serviços de necessidade do órgão, estará exercendo atipicamente, a função administrativa. Da mesma forma, o Poder Executivo pode editar Medidas provisórias, nos moldes permitidos pela Constituição Federal, atuando, nesse caso, na função legislativa, de forma atípica. (CARVALHO, 2016, p. 31)

Percebe-se, portanto, que a licitação está inserida dentro da função típica do poder Executivo, que é entendida como função administrativa, consistindo na defesa dos interesses públicos, porém, pode ser exercida de forma atípica pelos demais poderes.

Importante ressaltar que a Administração Pública não se confunde com Poder Executivo, haja vista a possibilidade de atuação administrativa pelos demais poderes do Estado de forma atípica (CARVALHO, 2016, p. 31).

Administração Pública, no sentido formal, refere-se ao conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício de sua função administrativa, independente do poder a que

pertençam. Já o sentido material é entendido como a atividade administrativa exercida pelo Estado, designando a atividade consistente na defesa concreta do interesse público (CARVALHO, 2016, p. 31).

Ser gestor da “coisa pública” é uma das principais funções do Estado. Essa gestão no Estado Democrático de Direitos deve ser realizada com observância das leis que é definida pelo próprio Estado (MOURA, 2012, p. 5).

O Estado, antes de chegar ao período de Estado Democrático de Direitos, passou por outros três: o Absolutista, em que a figura do administrador estatal configurava a do próprio Estado; após, teve o período dos Governos Liberais, em que o estado evitava intervir nas relações particulares e depois teve o Estado Social de Direitos o qual definiu, constitucionalmente, os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado (MOURA, 2012, p. 5).

Administração Pública, conforme Meirelles (2016, p. 88) é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo preceitos de Direito e da Moral, visando o bem comum.

Independente do período pelo qual o Estado passou, ele sempre precisou firmar contratos com terceiros para que a Administração Pública continuasse a exercer as suas funções (MOURA, 2012, p. 5).

No passado, a Administração Pública brasileira contratava seus bens e serviços sem a realização de licitação ou qualquer outro procedimento, dessa forma, não havia como assegurar à Administração o melhor negócio ou aos interessados a oportunidade de igualdade de condições (SILVA, 2010, p. 7).

As compras e alienações no Brasil começaram a ser regulamentado por meio de procedimento licitatório, com o Decreto nº 2.926/1862, complementado por outros decretos e leis. No entanto, ainda era marcada por lacunas e imprecisões e que desencadeava fraudes e burocratizações do certame (MOURA, 2012, p. 7).

No decorrer do século passado, surgiram vários institutos tratando do tema licitação. Em 10 de setembro de 1964 foi editada a Lei nº 4.401 que estabelecia normas para licitação de serviços, obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União (SILVA, 2010, p. 7).

Em 1965, a Emenda Constitucional 45 inseriu na Constituição Federal de 1946 o termo concorrência pública no texto da Carta Magna vigente à época. Porém, somente

em 1967, com a publicação do Decreto 200/67 é que houve definições mais objetivas com relação à licitação. Foram definidas, além da concorrência, mais modalidades de licitações como, tomada de preços, convite e leilão, pois nas normas anteriores existia somente a concorrência, e os estados e municípios passaram a ter possibilidade de legislar sobre o tema que anteriormente era exclusivo da União (SILVA, 2010, p. 8).

Apesar dos avanços empregados por meio das licitações, ela não era um instituto obrigatório na administração pública, passando a ser apenas em meados de 1970, quando foi instituída a Súmula do Tribunal de Contas da União, que, em seu artigo nº 158 obrigou os órgãos da Administração direta e entidades da Administração indireta a realizar o procedimento licitatório, principalmente no tocante aos princípios da isonomia e da ética, reforçados anos mais tarde pelos Decretos-lei nº 2.300/86, atualizado em 1987, pelos Decretos-lei nº 2.348 e nº 2.360, os quais instituíram, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria. (MOURA, 2012, p. 8)

O Decreto 2.300/1986 reestruturou a licitação e dispôs sobre os contratos administrativos da administração pública federal.

Os anos 90, momento em que o Decreto 2.300/1986 estava em vigor, o Brasil passava por um momento político e econômico conturbado. A inflação chegava a 30% ao mês, o que gerava possível superfaturamento na licitação, pois o licitante ofertava o produto prevendo que a licitação demoraria pelo menos dois meses (PEIXOTO, 2001, p. 16).

Em virtude disso o decreto foi muito criticado, umas das principais críticas eram que a inflação alta obrigava prazos de publicidade menores para diminuir o tempo de duração de uma licitação, como reflexo negativo havia a constrição do caráter competitivo (PEIXOTO, 2001, p. 16).

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre licitação em dois dispositivos, no art. 22 definiu a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação, e no art. 37, XXI definiu os princípios a serem seguindo, as hipóteses em que deve haver procedimento licitatório e as hipóteses em que a licitação poderá ser dispensada ou inexigível (SILVA, 2010, p. 8).

Em 1993 o Decreto 2.300/1986 foi substituído pela Lei 8666/93, que tinha como objetivo regulamentar o disposto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Como

toda lei nova, a Lei 8666/93 sofreu severas críticas, sob a acusação da existência de lacunas, obscuridade e engessamento (PEIXOTO, 2001, p. 16).

A lei foi alterada em 08 de junho de 1994, pela Lei 8.883, com a finalidade de incluir novas hipóteses de dispensa de licitação, exigência de regularidade perante o FGTS, possibilidade de parcelamento de compras, a inclusão de maior lance ou oferta como tipo de licitação, a possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, entre outras (PEIXOTO, 2001, p. 16).

Assim como a sociedade evolui, as leis também devem evoluir. Dessa forma, foram promulgadas outras leis com a finalidade de adequar o diploma federal de licitações e contratos à nova realidade nacional, bem como esclarecer pontos obscuros e preencher lacunas (PEIXOTO, 2001, p 17).

Com o objetivo de tornar a licitação simples e ágil, surgiu a lei 10.520/02, que trouxe uma nova modalidade de licitação: o pregão. Essa modalidade pode ser realizada na forma eletrônica, o que possibilita a participação de um número maior de competidores, ampliando a competição e garantindo a isonomia (PEIXOTO, 2001, p. 17).

Os procedimentos licitatórios evoluíram de forma tímida com a evolução tecnológica. Num primeiro momento, apenas foram substituídas as máquinas de escrever por computadores. Essa substituição trouxe mais controle e celeridade nas contratações públicas (PEIXOTO, 2001, p. 17).

O surgimento da internet trouxe agilidade nos procedimentos licitatórios. Hoje, empresas de qualquer estado pode acessar um Edital de qualquer órgão da administração pública, sem que seja necessário comparecer ao ente licitante (PEIXOTO, 2001, p. 17).

2.2 Conceito de licitação

A Administração Pública está voltada para o atendimento do interesse público e para alcançá-lo é necessário a realização de contratos com terceiros para o fornecimento de bens e serviços, como por exemplo, contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimentos de bens, locação de imóveis, entre outros (CARVALHO FILHO, 2014, p. 237)

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns

administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 238)

Em virtude disso, a licitação, procedimento realizado anterior ao contrato, surgiu com o objetivo de evitar esse risco, de forma a permitir que várias pessoas ofereçam proposta e que a Administração pública possa fazer a escolha mais vantajosa para o atendimento do interesse público (CARVALHO FILHO, 2014, p. 237)

Partindo para o conceito de licitação, para Maria Sylvia Zanella di Pietro (2001, p. 207), esta pode ser definida como:

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2001, p. 207 apud DROMI, 1972, p. 92).

Para José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 238), a Licitação é:

Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 238)

Corroborando com as ideias acima, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 492) diz que:

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas (MELLO, 2006, p. 492).

Meirelles (2002, p. 310), apesar de dar uma conceituação sucinta, dizendo que a licitação “É o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”, não deixa de explicitar as partes essenciais do conceito, quais sejam: o procedimento e a finalidade.

Com um conceito mais detalhado, Marçal Justen Filho (2005, p. 309) diz que a licitação é:

Um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (JUSTEN FILHO, 2005, p.309).

Carvalho Filho (2014, p. 238), deixa claro que licitação é diferente de chamada pública, pois esta serve para divulgar atividades da Administração e convocar interessados do setor privado para participação. Não visa diretamente a obras, serviços ou compras, mas à seleção de credenciados, de associações civis, de autores de projetos etc., mediante a prévia e clara indicação dos critérios seletivos. Na chamada pública:

Administração publica edital com o objetivo de divulgar a adoção de certas providências específicas e convocar interessados para participar da iniciativa, indicando, quando for o caso, os critérios objetivos necessários à seleção. É o caso, entre outros, da convocação de interessados para credenciamento junto à Administração, ou de capacitação de comunidades para recebimento de algum serviço público, ou ainda para apresentação de projetos e programas a serem estudados por órgãos administrativos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 30).

Segundo Carvalho Filho (2014, p. 238) para conceituar de forma objetiva a licitação deve-se considerar dois elementos, natureza jurídica e objetivo. A natureza jurídica é de procedimento administrativo, isso porque antes da licitação há uma série de atos a serem desenvolvidos.

Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações (DI PIETRO, 2001, p. 207).

Outro aspecto importante no conceito de licitação está relacionado a ente público, que em alguns conceitos anteriormente citados estão dispostos como entes da Administração Pública, entidades governamentais.

Di Pietro (2001, p. 207) justifica o uso da expressão pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação. Isso é o que dispõe o texto constitucional, artigo 37, inciso XXI.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Por fim, dentre os vários conceitos acima apresentados, está demonstrado que com a licitação a administração pública pleiteia, ao final, a contratação mais vantajosa para a coletividade (DI PIETRO, 2001, p. 207)

2.3 Finalidade da licitação

Carvalho Filho (2014, p. 384) afirma que o legislador ao elaborar o procedimento licitatório teve ter dois fundamentos motivadores, moralidade e igualdade de oportunidades. A moralidade no procedimento licitatório visa prevenir condutas de improbidade por parte do administrador, sendo dever do Administrador firmar o contrato com aquele que apresentar a melhor proposta.

A igualdade de oportunidade aos que desejam contratar com a Administração pública, abstendo-se o administrador de realizar livres escolhas de determinados fornecedores, mas sim permitir a competitividade entre os interessados, com o objetivo de assegurar a melhor proposta à Administração (CARVALHO FILHO, 2014, p. 244)

A finalidade da licitação também é declarada expressamente pelo artigo 3º da Lei 8.666/93.

A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a seleção **da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Isonomia significa dar tratamento igualitário entre os competidores. Essa finalidade é disciplinada no artigo § 1º, inciso II, do artigo 3º da Lei 8.666/93, a qual veda aos agentes públicos:

Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º. da Lei nº. 8.248, de 23-10-91 (BRASIL, 1993).

De forma implícita também corrobora com o princípio da isonomia o inciso artigo § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei 8.666/93, o qual proíbe os agentes públicos:

Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991(BRASIL, 1993).

A isonomia veda que a administração exija do participante da licitação requisitos que não estejam previamente previstos em lei e seja indispensável à realização do certame. Há manifestação no Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

EMENTA: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro. (STF - ADI 3583 / PR – PARANÁ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de julgamento: 21/02/2008, Tribunal Pleno)

A isonomia trazida pela Lei 8.666/93 é a material, ou seja, ela trata os iguais de forma igual e dispõe de tratamento diferenciado aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Em virtude disso, há tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme Lei Complementar 123/2006, que da preferência

para aquisição de produtos manufaturados ou serviços nacionais que obedeçam as normas técnicas brasileiras (CARVALHO, 2016, p. 424).

A seleção da proposta mais vantajosa, conforme Di Pietro (2001, p. 207) é a proposta mais conveniente para a celebração do contrato, dentro dos limites fixados no edital. Importante salientar que o quesito preço, por si só, não é o elemento central da vantajosidade. Deve-se analisar a proposta mais conveniente para o atendimento do interesse público, dentre os requisitos fixados no instrumento convocatório.

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 61)

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável foi acrescentada como finalidade da licitação por meio da Lei 12.349/2010 e está em consonância com o disposto no artigo 3º da Constituição federal de 1988.

Com base no desenvolvimento nacional sustentável o agente público deve instaurar o procedimento da licitação observando a necessidade material, direta e imediata da administração, mas também deve identificar critérios socioeconômicos ambientais que viabilizem as políticas públicas definidas na Constituição Federal. (BICALHO, 2013)

Com o poder de compra que o Estado possui, ele pode ser um grande fomentador de estratégias voltadas ao desenvolvimento nacional sustentável que gere emprego e renda, promova a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais. O exemplo para atingir esses objetivos é o tratamento especial dado as pequenas empresas nos procedimentos licitatórios. (FERNANDES, 2008)

Com base no objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, surgiu a dúvida se haveria a possibilidade de restringir a participação de produtos importados nos editais de licitação e a possibilidade da margem de preferência. Assim, há o questionamento se a norma é autoaplicável ou não.

Segundo o entendimento do TCU, Acórdão 2.241/11, a norma não é autoaplicável, conforme os fundamentos a seguir:

[...]

17. Conclui-se, assim, que a "promoção do desenvolvimento nacional sustentável" se trata de princípio e norma jurídica, mas não é regra, porque não prescreve o comportamento a ser adotado para atingir o objetivo estabelecido. Não há, nesse enunciado legal, a definição da conduta a ser praticada pelo administrador público para concretização do objetivo. E, relembre-se neste ponto que essa conduta deve-se pautar por outro princípio, o da legalidade, isto é, estar adstrita aos exatos ditames da lei.

18. Por conseguinte, não há como considerar autoaplicável essa novel disposição do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. (TCU. Acórdão 2.241/2011. Plenário).

Manifestou-se no sentido de que o desenvolvimento nacional sustentável não é autoaplicável e pode ser concretizado somente nas hipóteses expressamente previstas em lei:

[...]

30. A fim de cumprir o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, o gestor, nos editais de licitação, somente poderá lançar mão dos seguintes regimes (ou mecanismos):

a) fixação de margem de preferência para produtos manufaturados ou serviços nacionais (§ 5º a 10);

b) exigência de cumprimento de medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento (§ 11);

c) restrição, nas contratações de tecnologia da informação e comunicação consideradas estratégicas, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidas de acordo com o processo produtivo básico (§ 12);

d) concessão de preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país ou, em seguida, a bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, em condições equivalentes de prazo, suporte, qualidade, padronização, compatibilidade, desempenho e preço (art. 3º da Lei 8.248/91); e,

e) tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 44, 47 e 48 da LC 123/2006). (TCU. Acórdão 2.241/2011. Plenário).

Contrário a esse entendimento, Daniel Ferreira (2012, p. 103) afirma que o desenvolvimento nacional sustentável é norma autoaplicável.

Questão difícil é assumir posição acerca da desnecessidade de expedição de um regulamento para fiel execução da Lei Geral de Licitações, pelo menos no que diz com a satisfação da novel finalidade licitatória: a promoção do desenvolvimento nacional (sustentável).

Ora! Como o caput do art. 3º da Lei nº. 8.666/93 revela-se de cunho substancialmente principiológico e, demais disso, expressamente afirma a vocação legal do processo administrativo para tríplice finalidade (...) não parece faltar nada para que o aplicar do direito aplique 'o' Direito.

Melhor dizendo, os três fins reciprocamente considerados expressam, com perfeição, o caráter instrumental da licitação perante os interesses públicos que com ela se pretende satisfazer. Isso não elide, entretanto, a intervenção conveniente daquele que exerce a função administrativa no sentido de priorizá-los em cada caso concreto ou, de preferência, de forma genérica e antecipada.

Isto por meio da expedição de ato normativo infralegal, de caráter geral e abstrato.

(...)

Várias leis aqui referidas, em especial a Lei nº. 8.666/93 – com a redação dada pela Lei nº. 12.349/2010 – exigem um regulamento propriamente dito para fins de sua fiel execução, ainda que para atender certas particularidades, apenas. Como visto, para cumprir a nova finalidade legal do processo administrativo licitatório em sua perspectiva diretiva, substancial, isso não se faz necessário (FERREIRA, 2012, p. 103)

Divergente do entendimento do TCU, sob o argumento de que o previsto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei 8.666/93 são apenas exemplificativo, Marçal Justen Filho(2011, p. 66):

(...) não se afigura cabível subordinar a adoção de tratamento discriminatório à existência de previsão legal explícita e exaustiva. Nenhuma lei pode exaurir a disciplina das providências destinadas a dar concretude ao princípio da isonomia. Existe uma competência infralegal insuprimível nesse campo. Portanto, a orientação adotada equivale a negar efeito ao princípio constitucional da isonomia. Não é compatível com o referido princípio afirmar a ausência de eficácia normativa da lei que autoriza a discriminação. Nem mesmo o argumento da ausência de disciplina legal exaustiva é suficiente para legitimar o raciocínio.

Enfim, o argumento prova demais. Se fosse procedente, ter-se-ia de reconhecer a ausência de eficácia de todas as demais autorizações para discriminação contempladas na Lei nº. 8.666 e desacompanhadas da disciplina exaustiva e completa dos pressupostos e consequências de sua aplicação.

Por todas essas razões, reputa-se que a realização do desenvolvimento nacional sustentável não se restringe às providências previstas no elenco dos §§ 5º a 12 do art. 3º. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 66)

Dessa forma, entende-se que há mais segurança jurídica quando as hipóteses para alcançar o desenvolvimento nacional sustentável estão previamente dispostas em normativos legais, no entanto, o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses para alcançar esse objetivo. Assim, em situações excepcionais, esse objetivo pode ser concretizado por outras vias, desde que devidamente motivados, de forma irrefutável, que as exigências dispostas no certame proporcionarão o desenvolvimento nacional sustentável.

3 CONTRATAÇÕES DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

3.1 Surgimento da Resolução 182/2013 do CNJ

Há vários anos a Tecnologia da Informação (TI) tornou-se uma das principais ferramentas de operação e desenvolvimento das instituições públicas e privadas. A TI

pública tem forte impacto na vida da população brasileira, pois o Brasil está entre os maiores prestadores de serviços eletrônicos no mundo (CAVALCANTI, 2015, p. 22)

A Tecnologia da Informação, hoje, é um elemento indispensável para que as instituições alcance seus objetivos institucionais. A legislação pública federal prioriza a execução indireta de atividades executivas por meio de contratação de empresas para a prestação de serviços, de modo que as contratações de bens e serviços de TI tem crescido consideravelmente (CAVALCANTI, 2015, p. 23)

O aumento das contratações de TI pelos entes públicos ocorreu com o advento do Decreto nº 2.271/1997, que permitiu a terceirização da atividade de informática no âmbito da Administração pública federal. Muitas dessas contratações foram realizadas com base no art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993 e estenderam-se por cinco anos (TCU, Acórdão 2.471-2008-Plenário).

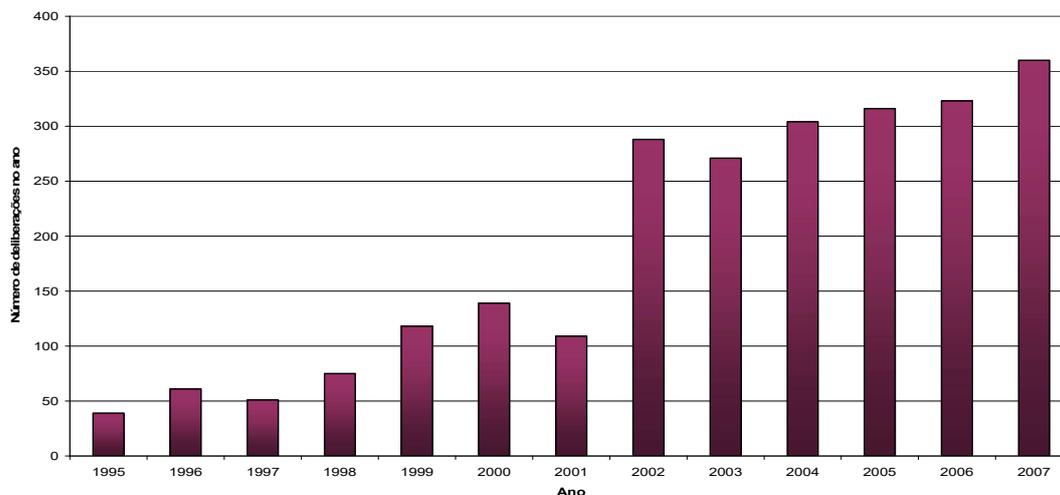
Devido ao crescimento por bens e serviços de TI, assim como os vultosos orçamentos destinados a essas contratações, o Tribunal de Contas da União (TCU) passou a intensificar as fiscalizações dessas contratações no âmbito da Administração Pública Federal a partir de 2002 (CAVALCANTI, 2015, p. 22).

O TCU, órgão responsável pelo controle externo da aplicação dos recursos públicos, dessa, no decorrer das auditorias percebeu a necessidade de intensificá-las, fato que gerou a criação de uma secretaria específica para fiscalizar os gastos com TI (HECKERT; SOARES NETTO, 2017, p. 23).

Em 2002, a quantidade de acórdãos referente às contratações de TI tiveram um significativo crescimento, pois naquele ano ocorriam as licitações para substituir os contratos firmados no ano de 1997, na qual grande parte dessas contratações, normalmente voltadas para a prestação de serviços contínuos, estenderam-se com fulcro no art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993, por 5 anos (TCU, Acórdão 2.471-2008-Plenário)

Esses acórdãos apontaram problemas referentes à contratação de serviços de TI, o que continuou crescendo nos anos posteriores, apesar da pequena redução em 2003. Conforme se infere do quadro abaixo, a quantidade de acórdão do TCU relacionados a contratações de TI continuou crescendo nos anos de 2004 a 2007, indicando que a irregularidades nas contratações de TI continuaram sendo apreciados pelo TCU (TCU, acórdão 2.471-2008-Plenário).

Figura 1 - Evolução da quantidade de acórdãos e decisões do TCU



Com essas auditorias realizadas pelo TCU percebeu-se a imaturidade dos gestores de TI em gerir as contratações, bem como a desestruturação dessas áreas. Percebeu-se ainda nas auditorias que a predominância de contratações com um único fornecedor para atender toda a área de TI, e também a falta de documentação necessária para aferir resultados das contratações. (HECKERT; SOARES NETTO, 2017, p. 23).

Diante disso, em sessão ordinária ocorrida no dia 24/5/2006, os ministros do TCU lavraram o Acórdão 786/2006 do plenário do Tribunal de Contas da União, o qual recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a elaboração de um modelo de licitação e contratação de serviços de informática para a Administração Pública Federal, que deveria conter, no mínimo:

9.4.1. a **divisão dos serviços de informática** necessários aos órgãos e entidades em tantos itens quanto sejam tecnicamente possíveis e suficientes;

9.4.2. a **realização de licitação independente para cada item**, contemplando requisitos de habilitação e critérios de avaliação de proposta técnica objetivos, relevantes e específicos para cada item, favorecendo assim a competitividade do certame, a redução de preços, a especialização das empresas, a qualidade dos serviços, a redução de riscos estratégicos e de segurança para o órgão ou entidade;

9.4.3. a mensuração, sempre que possível, **da prestação de serviços por resultados** segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital que contemple, entre outros, os seguintes pontos básicos:

9.4.3.1. a fixação dos procedimentos e dos critérios de mensuração dos serviços prestados, abrangendo métricas, indicadores, valores aceitáveis, etc.;

- 9.4.3.2. a quantificação ou a estimativa prévia do volume de serviços demandados, para fins de comparação e controle;
- 9.4.3.3. a definição de metodologia de avaliação da adequação às especificações e da qualidade dos serviços com vistas à aceitação e pagamento;
- 9.4.3.4. a utilização de um instrumento de controle, geralmente consolidado no documento denominado “ordem de serviço” ou “solicitação de serviço”;
- 9.4.3.5. a definição dos procedimentos de acompanhamento e fiscalização a serem realizados concomitantemente à execução para evitar distorções na aplicação dos critérios;
- 9.4.4. a utilização, como instrumento de controle das etapas de solicitação, acompanhamento, avaliação, atestação e pagamento de serviços, da “ordem de serviço” ou “solicitação de serviço”, que deve conter, no mínimo:
 - 9.4.4.1. a definição e a especificação dos serviços a serem realizados;
 - 9.4.4.2. o volume de serviços solicitados e realizados segundo as métricas definidas;
 - 9.4.4.3. os resultados ou produtos solicitados e realizados;
 - 9.4.4.4. o cronograma de realização dos serviços, incluídas todas as tarefas significativas e seus respectivos prazos;a avaliação da qualidade dos serviços realizados e as justificativas do avaliador;
- 9.4.4.6. **a identificação dos responsáveis pela solicitação, pela avaliação da qualidade e pela atestação dos serviços realizados, os quais não podem ter nenhum vínculo com a empresa contratada;** (acórdão 786/2006-TCU)

Com base nas informações acima, a Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a instrução normativa nº 4 em nove de maio de 2008. Essa instrução versava sobre o processo de contratação de Tecnologia da Informação e Comunicação nos órgão e entidades integrantes do Sistema de Administração dos recursos de Informação e Informática – SISP (BRASIL, IN 04/2008)

A IN SLTI/MP nº 4/2008 foi atualizada no ano de 2010 pela IN SLTI/MP nº 4/2010 e mais recentemente foi atualizada novamente pela IN SLTI/MP nº 4/2014. Isso demonstra que conforme a TI evolui, os normativos que regem essas contratações também são atualizados e aperfeiçoados para a nova realidade (CAVALCANTI, 2015, p. 25).

A Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) realizou um levantamento com o objetivo de coletar informações acerca dos processos de aquisição de bens e serviços de TI, de segurança da informação, de gestão de recursos humanos de TI, e das principais bases de dados e sistemas da Administração Pública Federal (TCU, acórdão 1603/2008-Plenário)

Duzentos e cinquenta e cinco órgãos participaram desse levantamento, e dentre eles estavam tribunais federais, apenas 54% dos órgão/entidades informaram à Sefti que adotavam processos formais de trabalho para contratações de TI, segundo a secretaria isso

não seria o ideal, pois 46% é um percentual expressivo de organizações que não adotam processo formal de trabalho para as contratações (TCU, acórdão 1603/2008-Plenário)

A Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti ressalta que:

110. Deve-se observar que isso não significa deixar de cumprir a legislação específica. Entretanto, a falta de um processo de trabalho definido, padronizado, documentado e aprovado para realizar as contratações de TI pode trazer consequências danosas à organização. Como não existe um padrão oficial e disseminado pela organização, cada área pode adquirir os recursos de que necessita de uma forma diferente. Dessa maneira, a organização se expõe a riscos desnecessários e que poderiam ser evitados com a adoção de um processo de trabalho formalizado.

111. Devido à complexidade da legislação de licitações vigente, o primeiro risco é de que, eventualmente, não sejam observados todos os dispositivos legais e normativos. Provavelmente, nem todos os responsáveis pelas contratações de TI são especialistas no assunto e, caso não haja um processo formal de trabalho, em algumas aquisições, dispositivos legais podem deixar de ser observados. Além disso, é improvável que todos os responsáveis acompanhem as alterações normativas e estejam atualizados sobre as mudanças na interpretação da legislação e na jurisprudência da área. O mais seguro para a organização é que o processo de contratação esteja padronizado e disponível para todos os responsáveis para minorar a ocorrência de dúvidas e falhas nas aquisições de TI. Deve-se reforçar que muitas falhas no processo de aquisição têm sérias repercussões no processo de gestão dos contratos durante sua vigência e, em alguns casos, mesmo após seu encerramento devido a pendências judiciais.

112. Outro risco decorrente da não-existência de processo formal é a realização de aquisições desnecessárias, com baixa qualidade ou que não estejam alinhadas às necessidades do negócio a médio e longo prazos. Dessas situações decorrem, normalmente, desperdício de recursos. Em alguns casos, inclusive, a ocorrência de fraudes e desvios fica facilitada exatamente pela falta ou dificuldade de controle sobre processos não padronizados.

113. O item 9.4 do Acórdão 786/2006-TCU-Plenário recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI) que elaborasse ‘um modelo de licitação e contratação de serviços de informática para a Administração Pública Federal’ e promovesse ‘a implantação dele nos diversos órgãos e entidades sob sua coordenação mediante orientação normativa’. Em atendimento a esse acórdão, durante o processo de revisão deste relatório, a SLTI publicou a Instrução Normativa n.º 4, de 19 de maio de 2008. A IN-4 da SLTI dispõe sobre o processo de contratação de serviços de TI pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. A norma contempla as fases de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gerenciamento do contrato e entrará em vigor no dia 2 de janeiro de 2009 (TCU, acórdão 1603/2008-Plenário).

Com base no Acórdão 1.603-2008, da sessão plenária do TCU no dia 13/8/2008, foi recomendado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que padronizasse os procedimentos para as contratações de TI nos moldes recomendados no item 9.4 do Acórdão 786/2006-TCU-Plenário (TCU, acórdão 1.603-2008-Plenário)

Posterior a isso, no ano de 2012, recomendou ao CNJ, por meio do Acórdão 54/2012 –TCU Plenário, que orientasse os órgãos e as entidades do Poder Judiciário federal a executar ações nas contratações de serviços de TI com objetivo de elaborar estudos técnicos preliminares à semelhança do disposto no art. 10 da IN SLTI/MPOG 4/2008 (TCU, acórdão 54/2012 –Plenário).

Diante de todas essas recomendações, o CNJ publicou a Resolução nº 182 de 17/10/2013 com o objetivo de direcionar as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, Resolução 182/2013, CNJ).

A Resolução 182/2013 do CNJ trata somente do plano e planejamento da Contratação, elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares e elaboração do Projeto Básico ou Termo de Referência. Diferente da IN SLTI/MP nº 4/2010 que dispõe, além dos anteriormente citados, sobre as fases de seleção de fornecedores e gestão contratual.

Foi determinado que a implantação da norma pudesse ser de forma gradativa nos tribunais de todo o País, mas que não poderia ultrapassar doze meses de sua publicação (BRASIL, Resolução 182/2013).

Ressalta-se que o objetivo dessa normatização foi obter padronização no processo de contratações de TI, focando no planejamento das contratações de forma que os resultados desse planejamento sejam contratações de TI eficiente e alinhadas à estratégia do órgão ao qual fazem parte (CAVALCANTI, 2015, 25).

4.2 Modelo de contratação anterior a Resolução 182/2013 CNJ

O modelo de contratação anterior a Resolução 182/2013 CNJ baseava-se na reunião dos serviços de informática que o órgão necessitava, constituindo um único contrato, geralmente com uma única empresa, e o pagamento era realizado exclusivamente por hora trabalhada (CAVALCANTI, 2015, p 26).

Há época, esse modelo de contratação era adequado, pois eram usados somente computadores de grande porte, denominados *mainframes*, com a finalidade de atender especificamente as áreas contábeis, financeiras e gerenciais das instituições. Esses computadores atendiam somente as demandas das áreas meios e não das áreas fim das instituições (CAVALCANTI, 2015, p 26).

No entanto, a evolução tecnológica trouxe a necessidade de expandir os recursos de informática para as áreas fins das instituições, e passou a fazer parte do cotidiano de todos os servidores públicos, Cavalcanti (2015, p. 27) explica claramente que:

O computador de grande porte, por exemplo, se transformou em um conjunto de microcomputadores. Do Centro de Processamento de Dados (CPD) ao hoje denominado *data center*, houve a transformação substancial na maneira de tratamento e distribuição de dados e informação, vindo o computador de grande porte a ser substituído por um conjunto de microcomputadores que realizariam semelhante trabalho outrora realizado pelos mainframes, com uma arquitetura diferenciada (CAVALCANTI, 2015, p. 27).

Dessa forma, nos dias atuais, praticamente todos os empregados e servidores dos diversos órgão e entidades da Administração Pública exercem a suas atividades utilizando computadores. E por trás desses computadores e das informações que eles disponibilizam existem uma série de componentes de *softwares* e *hardwares* que muitas vezes são imperceptíveis aos usuários comuns.

Cumprе salientar que o antigo modelo de contratação de TI tornou-se obsoleto, ineficiente e oneroso para a administração pública. Diante disso, houve a necessidade de uma nova modelagem na contratação com o objetivo de torná-la mais eficiente (CAVALCANTI, 2015, p.26).

No entanto, conforme o autor e auditor fiscal do TCU Augusto Sherman Cavalcanti (2015, p.28), fica evidente que o modelo de aquisição baseado em uma única contratação para toda a solução de Tecnologia de Informação do órgão contratante, à época era adequado, no entanto, com a evolução tecnológica ele se tornou desvantajoso em virtude das múltiplas soluções de TI utilizadas atualmente.

A contratação da solução de TI reunida em um único contrato foi invariavelmente adotado até o final dos anos 2000, no entanto, a Administração e os órgãos de controle começaram a identificar graves problemas resultantes desse modelo de contratação (CAVALCANTI, 2015, p. 29).

No acórdão nº 786/2006- TCU- Plenário, em que se monitoravam determinações anteriores acerca do procedimento licitatório para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de informática, notadamente nas áreas de desenvolvimento de sistemas, administração de dados, infraestrutura computacional e

serviços de organização e métodos, o TCU identificou todas as desvantagens de se fazer um único contrato para as soluções de TI.

68. Pode-se dizer que o modelo de contratação antes adotado pelo MDIC consistia na reunião de todos os serviços de informática do órgão em um único e grande contrato, adjudicado a uma única empresa, com pagamentos realizados por hora-trabalhada.

69. É necessário que se esclareça que essa prática, que equivale à contratação dos serviços de um CPD completo e terceirizado, não se restringia ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Em diversos processos examinados pelo Tribunal, verificou-se que foram muitos os casos em que licitações de serviços de informática vinham sendo promovidas pela Administração Pública Federal sem que se procedesse à divisão do objeto em parcelas, como preconizado pelo art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, apesar de tal alternativa se mostrar viável. A título de exemplo, podem ser citados certames realizados pelo Ministério do Planejamento (Concorrência 14/2000 – Decisão 1.067/2002 Plenário), Agência Nacional do Cinema (Concorrência 02/2003 – Acórdão 1.937/203 Plenário), Ministério da Educação (Concorrência 01/1999 – Acórdão 2.561/2004-2ª Câmara), Ministério da Justiça (Concorrência 03/2000 – Decisão 351/2002 Plenário), entre outros.

70. Esse modelo apresentava uma série de desvantagens potencialmente causadoras de prejuízos aos cofres públicos e à atividade da Administração.

71. Como o contrato englobava todos os serviços do setor de informática, os requisitos de habilitação e de pontuação da proposta técnica estabelecidos no edital eram muito abrangentes. Assim, limitava-se a participação no certame às grandes empresas e se afastavam as empresas de menor porte, especializadas em determinadas áreas da informática. Como consequência, aumentava-se o risco de onerar os futuros preços contratuais, pois se reduzia a possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas decorrentes da ampliação da competitividade.

72. Na fase de execução contratual, verificava-se que todos os sistemas, programas e bases de dados passavam a ser geridos por uma única empresa privada.

73. Do ponto de vista estratégico, tal situação não atendia ao interesse público. Isso, porque o domínio de uma única empresa sobre a área de informática do órgão poderia resultar na monopolização do conhecimento da operação do setor pela contratada. Esse monopólio poderia obstaculizar o acesso do órgão ao conhecimento, ocasionar a perda do controle da Administração sobre os sistemas institucionais, incluindo a perda da capacidade de decidir sobre as respectivas especificações, e criar dependência em relação à empresa para proceder a alterações e manutenção dos aplicativos. Não custa lembrar que já foram vistos nesta Corte casos em que o órgão praticamente se tornou refém da empresa contratada.

74. Do ponto de vista da segurança, essa concentração também poderia oferecer riscos. Em primeiro lugar, a empresa contratada teria acesso a todos os sistemas e dados do órgão, inclusive os estratégicos e sigilosos, dificultando o estabelecimento de mecanismos de proteção independentes pela Administração. Ademais, na hipótese de eventual impossibilidade da empresa em executar o contrato (falência, extinção, dificuldades financeiras, etc.), ficaria obstada a execução de todos os serviços de informática, podendo levar a sério impasse no cumprimento das atividades finalísticas do órgão. Imagine-se, por exemplo, os graves problemas econômicos e sociais que poderiam advir da paralisação dos sistemas informatizados que controlam o comércio exterior e o seguro-desemprego.

75. Além disso, ao prever o pagamento da contratada com base quase exclusivamente na hora-trabalhada, o modelo anterior poderia causar disfunções com reflexos negativos sobre a economicidade da contratação.

76. A primeira dessas disfunções correspondia ao que denomino paradoxo do lucro-incompetência. Isso significa que, quanto menor a qualificação dos profissionais alocados na prestação de serviço, maior o número de horas necessário para executá-lo, maior o lucro da empresa contratada e maior o custo para a Administração.

77. Outra disfunção consistia na tendência de se remunerar todas as horas de disponibilidade dos empregados da empresa, ainda que não produtivas, em razão da dificuldade da Administração em controlar a efetiva atividade dos profissionais terceirizados. Com isso, havia a possibilidade de que a empresa viesse a ser remunerada sem que houvesse a contraprestação em serviços efetivamente realizados (TCU, acórdão nº 786/2006- Plenário).

Diante de tais deficiências, o TCU identificou a necessidade de mudar a forma de planejamento, contratação, gerenciamento e pagamento pelos serviços de Tecnologia da Informação.

Entendeu-se que o modelo outrora utilizado não se sustentava nas presentes contratações realizadas por quase todos os órgãos e entidades, porquanto não mais atendia aos critérios de legalidade, economicidade, eficiência, nem ao interesse público envolvido nas atividades finalísticas que com a evolução tecnológica passaram a ter sustentação nos diversos sistemas e recursos de tecnologia da Informação.

Esse acórdão foi o percussor da Instrução Normativa SLTI/MP nº 04/2008, e, por conseguinte a Resolução nº 182 de 17/10/2013.

3.3 Modelo de contratação posterior a Resolução 182/2013 CNJ

Como dito anteriormente, a Resolução 182/2013 CNJ surgiu com o objetivo de melhorar a forma de planejamento e a contratação de Tecnologia da Informação. Esse novo modelo de contratação proposto pelo TCU não decorre de mudanças na legislação, mas sim de mudanças na interpretação dos dispositivos legais existentes, buscando aumentar a eficiência nas contratações.

A nova modelagem surgiu da necessidade de tornar a contratação mais eficiente, eliminando riscos inerentes ao modelo anterior, ao mesmo tempo em que se garantiria a reversão das fraquezas outrora verificadas em prol da maximização da eficiência, integridade e continuidade da expansão dos serviços de tecnologia da Informação, do ponto de vista estratégico das instituições (CAVALCANTI, 2015, p. 49).

Desse modo, a motivação para a elaboração dessa resolução adveio do acórdão 1603/2008 do plenário do Tribunal de Contas da União. Nele recomendavam-se ao Conselho Nacional de Justiça que uniformizasse os procedimentos de contratação de bens e serviços de TI nos moldes recomendados no item 9.4 do Acórdão 786/2006-TCU-Plenário à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Tendo como premissa a recomendação supracitada, a Resolução 182/2013 do CNJ, disciplinou as diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça, que deveria implantá-la de forma gradativa em um prazo de no máximo 12 (doze) meses contados a partir da data da publicação da Resolução.

O principal problema encontrado nas auditorias do TCU foi à reunião de todos os serviços de informática do órgão em um único e grande contrato, para saná-lo a Resolução vedou expressamente esse tipo de contratação.

Art. 10. Não poderão ser objeto de contratação de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação:
I – mais de uma solução em um único contrato; e
II – gestão de processos de Tecnologia da Informação e Comunicação, incluindo segurança da informação (BRASIL, 2013).

As diretrizes para o novo modelo de contratação, além de primar pelo parcelamento do objeto, baseou-se, principalmente, no plano e planejamento das contratações de TI, conforme expõe de forma clara o artigo 6º da Resolução 182/2013 do CNJ.

As contratações deverão ser precedidas de planejamento elaborado em harmonia com o Planejamento Estratégico Institucional (PEI) ou Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação (PETIC) do órgão, alinhados com o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário (BRASIL, 2013).

Corroborando com a importância do planejamento para as contratações de TI o artigo 7º da Resolução 182/2013 do CNJ dispõe que os órgãos deverão elaborar um Plano de Contratações de Soluções de Tecnologia da Informação, no exercício anterior ao da contratação.

A Resolução é muito detalhista na forma como as contratações devem ser planejadas. Segundo o artigo 8º da Resolução 182/2013 do CNJ, o planejamento das contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação deverá ser composto por duas fases: elaboração dos Estudos Preliminares da STIC e elaboração do Projeto Básico ou Termo de Referência.

A elaboração do Estudo Técnico Preliminar (ETP) é obrigatória independentemente do tipo de contratação. Inicia-se, conforme art. 12, §4º Resolução 182/2013 do CNJ, com a elaboração do Documento de Oficialização da Demanda (DOD) pela Área Demandante e com o recebimento desse documento pela Área de Tecnologia da Informação e Comunicação.

O DOD evidencia a necessidade da área demandante pela solução de TI bem como os resultados a serem alcançados com a pretendida solução.

O Estudo Técnico Preliminar (ETP) possui quatro etapas: Análise de Viabilidade da Contratação, Sustentação do Contrato, Estratégia para a Contratação, e Análise de Riscos.

Análise de Viabilidade da Contratação, segundo Resolução 182/2013 do CNJ, deverá conter, sempre que possível e necessário, a definição e a especificação dos requisitos, a partir da avaliação do Documento de Oficialização da Demanda e do levantamento, identificação das diferentes Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação que atendam aos requisitos, a análise e a comparação entre os custos totais das Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação identificadas, levando-se em conta os valores de aquisição dos produtos, insumos, garantia e serviços complementares, quando necessários à contratação, a escolha da Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação e a justificativa da solução escolhida e a avaliação das necessidades de adequação do ambiente do órgão para viabilizar a execução contratual.

Essa análise de Viabilidade da Contratação, conforme o parágrafo único do artigo 14 da Resolução 182/2013 do CNJ, também deve ser realizada nas prorrogações contratuais, ainda que de contratos assinados anteriormente à publicação da Resolução.

A Sustentação do Contrato compreende na análise, segundo o artigo 15 da resolução supracitada, em analisar os recursos materiais e humanos necessários à continuidade do objeto contratado, a continuidade do fornecimento da Solução de TI em eventual interrupção, as atividades de transição contratual e de encerramento do contrato

e a definição das regras para estratégia de independência do órgão com relação à empresa contratada.

Com relação à Estratégia para a Contratação, nela são descritas a natureza do objeto com a indicação dos elementos necessários para caracterizar o bem e/ou serviço a ser contratado; o parcelamento do objeto com a demonstração da viabilidade ou não da divisão; a adjudicação do objeto com a indicação e justificativa da forma escolhida, demonstrando se o objeto pode ser adjudicado a uma ou a várias empresas, se por itens ou por grupo de itens; a modalidade e o tipo de licitação com a indicação e a justificativa para as escolhas; a classificação orçamentária com a indicação da fonte de recurso do orçamento do órgão previsto para atender a necessidade de contratação de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação demandada; a vigência com a indicação do prazo de garantia dos bens e/ou da prestação dos serviços contratados; a Equipe de Apoio à Contratação com a indicação de seus integrantes; e a Equipe de Gestão da Contratação com a indicação de seus integrantes.

Na Análise de Riscos há a identificação dos principais riscos que possam vir a comprometer o sucesso da contratação ou que emergirão caso a contratação não seja realizada; a mensuração das probabilidades de ocorrência e dos danos potenciais relacionados a cada risco identificado; a definição das ações previstas para reduzir ou eliminar as chances de ocorrência dos eventos relacionados a cada risco; a definição das ações de contingência a serem tomadas caso os eventos correspondentes aos riscos se concretizem; e a definição dos responsáveis pelas ações de prevenção dos riscos e dos procedimentos de contingência.

O Projeto Básico ou Termo de Referência conforme o artigo 18, § 3º da Resolução 182/2013 do CNJ, deverá conter no mínimo:

- I – a definição do objeto com a descrição sucinta, precisa, clara e suficiente do que se pretende contratar;
- II – a fundamentação da contratação dispondo, entre outros elementos pertinentes, sobre:
 - a) a motivação da contratação;
 - b) os objetivos a serem alcançados por meio da contratação;
 - c) os benefícios diretos e indiretos resultantes da contratação;
 - d) o alinhamento entre a contratação e o Planejamento Estratégico do órgão ou de Tecnologia da Informação e Comunicação;
 - e) a referência aos Estudos Preliminares da STIC realizados, apontando para o documento ou processo administrativo de contratação que contém os referidos estudos;

- f) a relação entre a demanda prevista e a quantidade de bens e/ou serviços a serem contratados, acompanhada dos critérios de medição utilizados, e de documentos e outros meios probatórios;
- g) a análise de mercado de Tecnologia da Informação e Comunicação com o levantamento das soluções disponíveis e/ou contratadas por órgãos ou entidades da Administração Pública, seus respectivos valores, bem como a definição e a justificativa da escolha da solução;
- h) a natureza do objeto com a indicação dos elementos necessários para caracterizar o bem e/ou serviço a ser contratado;
- i) o parcelamento ou não dos itens que compõem a Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação, desde que se mostre técnica e economicamente viável, com vistas a ampliar a competitividade sem perda de economia de escala, bem como a forma de adjudicação da contratação;
- j) a forma e o critério de seleção do fornecedor com a indicação da modalidade e o tipo de licitação escolhidos, bem como os critérios de habilitação obrigatórios, os quais deverão ser estabelecidos, no mínimo, de acordo com os princípios da legalidade, razoabilidade e competitividade;
- k) as informações acerca do impacto ambiental decorrente da contratação;
- l) a conformidade técnica e legal do objeto com a indicação das normas técnicas e legais, caso existam, as quais a Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação deverá estar aderente;
- m) as obrigações contratuais que o órgão e a empresa contratada deverão observar.

III – a especificação técnica detalhada do objeto necessária para gerar os resultados pretendidos com a contratação, contendo os seguintes elementos mínimos:

a) o modelo de execução e de gestão do contrato, contendo a forma como será executado e gerido desde o início até o seu encerramento, propondo a descrição:

- 1) dos papéis a serem desempenhados pelos principais atores do órgão e da empresa envolvidos na contratação;
- 2) da dinâmica de execução com a definição de etapas, logística de implantação, cronogramas, entre outros pertinentes;
- 3) dos instrumentos formais de solicitação de fornecimento dos bens e/ou de prestação de serviços;
- 4) da forma de acompanhamento do atendimento aos prazos de garantia ou aos níveis mínimos de serviços exigidos;
- 5) da forma de comunicação e acompanhamento da execução do contrato entre o órgão e a empresa contratada;
- 6) da forma de recebimento provisório e definitivo, bem como de avaliação da qualidade dos bens e/ou serviços entregues;
- 7) da forma de pagamento dos bens e/ou serviços recebidos definitivamente;
- 8) da transferência de conhecimento de modo a minimizar a dependência técnica com a empresa contratada, incluindo os casos de interrupção, transição e encerramento do contrato;
- 9) dos direitos de propriedade intelectual e autorais dos produtos gerados por ocasião da execução do contrato, quando aplicáveis;
- 10) da qualificação técnica ou formação dos profissionais envolvidos na execução do contrato; e
- 11) das situações que possam caracterizar descumprimento das obrigações contratuais estabelecidas, para fins de definição dos percentuais das multas a serem aplicadas, observados os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

IV – os requisitos técnicos específicos a serem atendidos pelos bens e/ou serviços a serem entregues; e

V – a proposta de modelos (templates) a serem utilizados na contratação.

Percebe-se, portanto, que o modelo de contratação proposto pela Resolução 182/2013 do CNJ prima pelo planejamento da contratação e traz detalhadamente como esse planejamento deve ser realizado. Indica toda a documentação que deve ser elaborada previamente à contratação da solução de TI, com a finalidade tornar as compras públicas de TI, mais eficiente e eficaz.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como tema as contratações de informática no poder judiciário, a escolha de deus em virtude dos grandes investimentos realizados nessa área nos últimos anos e na importância da tecnologia para a sociedade em geral, não podendo a Administração Pública se afastar dessa realidade.

Para realizar as contratações de informática, além do atendimento à Lei 8.666/93, os órgãos subordinados ao CNJ devem atender ao disposto à resolução 182/2013 do CNJ, que tem como premissa o planejamento e a padronização das contratações de TIC nesses órgãos.

Com base nisso, o objetivo dessa pesquisa foi analisar as melhorias que a Resolução 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça trouxe para as Contratações de Informática no âmbito do Poder Judiciário

Observa-se que a obrigatoriedade do atendimento ao disposto Resolução 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça o PJRO aprimorou o planejamento das contratações de TIC, com a padronização dos artefatos para a contratação e com a necessidade de obedecer todos os requisitos exigidos para a sua confecção.

Por fim, essa pesquisa não exauriu toda a pesquisa relacionada ao tema, podendo ainda em pesquisas futuras verificar se ocorreram melhoras na gestão e fiscalização dos contratos após a implantação da Resolução 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de direito administrativo descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm>. Acesso em 10 abril. 2018.

_____. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI. Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014. Dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISF do Poder Executivo Federal. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/1%20-%20IN%204%20%2011-9-14.pdf>> Acesso em 11 abril. 2018.

_____. **Conselho nacional de Justiça**. Resolução nº 182, de 17 de outubro de 2013. Dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2496>> Acesso em 11 abril. 2018.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Fiscalização de orientação centralizada. Processo nº 019.230/2007-2, Acórdão nº 2.471/2008-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 5 nov. 2008. Brasília, DF, 2008b. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 10 abril. 2018.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Monitoramento. Processo nº 020.513/2005-4, Acórdão nº 786/2006-Plenário. Rel. Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, DF, 24 de maio 2006. Brasília, DF, 2006a. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 10 abril. 2018.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Levantamento de auditoria. Processo nº 008.380/2007-1, Acórdão nº 1.603/2008-Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 14 ago 2008. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 12 abril. 2018.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Relatório de Auditoria. Processo nº 032.821/2008-0, Acórdão nº 54/2012-Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Brasília, DF, 12 jan 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 15 abril. 2018.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **A resignificação do princípio da finalidade da licitação à luz do desenvolvimento nacional sustentável**. Palestra proferida no VIII Congresso Mineiro de Direito Administrativo, nos dias 06 a 08 de maio de 2013.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratações de TI pela Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Como comprar da micro e pequena empresa: o novo papel do comprador; preferência às micro e pequenas empresas; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão; procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas**. SEBRAE. Brasília: 2008.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HECKERT, Cristiano Rocha; SOARES NETTO, Antônio Fernandes. **Contratações de TI: O Jogo**. Curitiba: Negócios Públicos, 2017.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Como comprar da micro e pequena empresa: o novo papel do comprador; preferência às micro e pequenas empresas; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão; procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas**. SEBRAE. Brasília: 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Desenvolvimento Nacional Sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349/10**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 50, abril de 2011.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOURA, João Osiel de. **A modalidade licitatória do pregão sob a luz do princípio da eficiência administrativa**. Monografia (graduação em direito). 25 p. João Pessoa: Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

PEIXOTO, Ariosto Mila. Licitação na década de 90 e nos próximos 10 anos. **Revista Digital Licitar**, n. 1, 2001.

SILVA, Fábio Marcos da. **As regras específicas nos contratos administrativos internacionais e a igualdade entre empresas brasileiras e estrangeiras**. Monografia (Pós-graduação). 50 p. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes Instituto a Vez do Mestre, 2010.