PARECER n.º 04-AJ/2016

Caxias do Sul, 26 de julho de 2016.

Ao Senhor Presidente da Câmara Municipal

Ref.:
Processo Licitatório nº 18/2016
Inexigibilidade nº 03/2016

Assunto: **Contratação direta (inexigibilidade) do serviço de manutenção do painel eletrônico e sistema de votação plenária.**

Senhor Presidente:

Retorna a esta Assessoria Jurídica, para análise e parecer, expediente para contratação direta da sociedade empresária Imply Tecnologia Eletrônica Ltda., tendo por objeto o serviço de manutenção do painel eletrônico e sistema de votação plenária da Câmara Municipal de Caxias do Sul.

Em breve histórico, no ano de 2011 a Câmara Municipal realizou licitação para a aquisição e instalação de solução completa de sistema de votação, incluindo Painel Eletrônico, software de gerenciamento de votação, solução para controle de 30 (trinta) microfones, 25 (vinte e cinco) terminais de votação, 03 (três) switches e cronômetro, serviço de manutenção, treinamento, garantia e suporte.

O Processo Licitatório nº 17/2001, Pregão Presencial nº 14/2011 foi vencido pela Imply Tecnologia Eletrônica Ltda., tendo sido firmado o Contrato nº 171/2011, cujo encerramento ocorrerá no dia 18 de agosto deste ano (2016).

Em 09 de junho, o Setor Financeiro oficiou a esta Assessoria Jurídica para "parecer/orientação quanto ao procedimento a ser tomado para contratação do serviço de manutenção do software a partir do encerramento de tal contrato".

Após análise do Processo Licitatório nº 17/2001 e do Contrato nº 171/2011, encaminhei, em 20 de julho, o Memorando nº 13-AJ/2016, com as seguintes ponderações:

- foram discutidas, juntamente com o Setor de Informática, as opções para atender as necessidades da Câmara Municipal, cogitando-se: licitação ou contratação direta do serviço de manutenção e licitação para locação da solução completa, incluindo locação dos terminais de votação mais os softwares correlatos;

- a segunda opção mostrou-se mais custosa, além de não ser a mais indicada, pois as propostas das empresas concorrentes no mercado chegaram a R$ 4.950,00 mensais (Visual) e R$ 4.700,00 (Implay);

- quanto à manutenção da solução que pertence à Câmara Municipal, somente a Imply poderia se habilitar à prestação do serviço, uma vez que não foram adquiridos os códigos-fonte, apenas licenças de uso, tratando-se, portanto, de software proprietário. Nesse caso, o preço proposto foi de R$ 2.323,18 mensais.

Assim, considerando que a solução adquirida ainda não havia sofrido defasagem tecnológica, de acordo com informações do Setor de Informática; que o software que gerencia a solução antes mencionada é proprietário (não foram

adquiridos os códigos-fonte) e a fornecedora é exclusiva, e que o preço para a contratação da manutenção é o preço de mercado (valor atual corrigido), opinei estar presente situação de inviabilidade de competição e vantagem na contratação direta.

Com a devolução do expediente ao Setor Financeiro, vieram as manifestações favoráveis à manutenção do atual modelo, corroborando as conclusões do Memorando nº 13-AJ/2016, do Chefe do Setor de Assessoria Técnica Legislativa (Memorando nº 10/2016) e do Chefe do Setor de Informática.

Dito isso, profiro parecer.

As contratações públicas, em regra, devem observar o procedimento da licitação, com vistas a garantir a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência das compras e aquisições feitas pela Administração, bem como proporcionar a igualdade de oportunidades entre os potenciais interessados.

Não obstante, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, admite a contratação direta nos casos "especificados na legislação", previstos estes na Lei nº 8.666/93, quando presentes a dispensa e a inexigibilidade.

As hipóteses de dispensa são hipóteses arbitrariamente eleitas pelo legislador (taxativas), enquanto que a inexigibilidade de licitação se concentra nos casos em que a competição não é fática ou juridicamente possível, conforme previsto no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93:

> *"Art. 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição ..."*

A inexigibilidade, destarte, reside em situações em que a licitação:

> *"[...] tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para obtenção do resultado pretendido. A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto".*[1]

Para que a contratação direta se verifique, portanto, é necessário averiguar se a situação apresentada (pretensão da Administração de contratar diretamente) se amolda a uma das situações antes descritas, isto é, se se trata de hipótese de dispensa ou de inviabilidade de competição (inexigibilidade).

No caso do presente expediente almeja-se a contratação do serviço de manutenção do sistema eletrônico de apuração de votação plenária, cuja solução foi adquirida em 2011, pelo Processo Licitatório nº 17/2001, Pregão Presencial nº 14/2011, vencido pela Imply Tecnologia Eletrônica Ltda.

Compulsando os autos daquele procedimento, bem como o Contrato nº 171/2011, que dele se originou, constata-se que foi adquirido um sistema completo de votação, incluindo o projeto da solução, o Painel Eletrônico, o **software de gerenciamento de votação**, a **solução para controle de 30 (trinta) microfones**, **03 (três) Switches PoE**, **25 (vinte e cinco) terminais de votação e cronometro**".

Do anexo V – Termo de Referência daquele edital, verifica-se, quanto aos softwares de gerenciamento, que foram adquiridas apenas "licenças perpétuas",

[1] Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed. – São Paulo: Dialética, 2009, p. 345.

com a da "documentação descrevendo como ocorre a comunicação das plataformas controladoras (Plataforma de Gerenciamento e Monitoração, Plataforma de Controle dos Microfones e Terminal de Visualização e Controle para a Mesa Diretora) aos dispositivos que compõem a solução, em especial aos terminais, à mesa de som, e ao videowall".

Não foram adquiridos, no entanto, os direitos patrimoniais sobre eles, ou seja, não os respectivos códigos-fontes, o que permitiria a manipulação por qualquer empresa de informática.

Assim, embora a Câmara Municipal possua a documentação dos softwares que gerenciam a solução, eles permanecem proprietários, ou seja, somente podem ser alterados pela proprietária dos códigos-fonte (Imply Tecnologia Eletrônica Ltda.), que é, ademais, fornecedora exclusiva da solução, conforme declaração da Associação Comercial e Industrial de Santa Cruz do Sul.

Está presente, por consequência, situação de inviabilidade de competição

Logo, por se tratar de contratação de manutenção de software proprietário, diretamente com o detentor dos direitos patrimoniais, e fornecedor exclusivo, não é possível estabelecer-se competição entre concorrentes no mercado.

Marçal Justen Filho pondera que a inviabilidade de competição é

> *"consequência derivada de características existentes na realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente"*, o que permite afirmar que a *"inviabilidade de competição é uma característica do universo extranormativo mas resultante da peculiaridade da necessidade a ser satisfeita pelo contrato administrativo"*.

Ainda segundo o mencionado autor, essa realidade extranormativa, que autoriza a contratação direta por inexigibilidade, está compreendida na expressão objeto singular, constante do inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, que, muito embora conste apenas do mencionado inciso, é um conceito que deve ser generalizado para todos os casos de inexigibilidade:

> *Em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, como uma categoria homogênea. Objeto singular é aquele que poderia ser qualificado como infungível, para valer-se de categoria da Teoria Geral do Direito. São infungíveis os objetos que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Um objeto singular se caracteriza quando é relevante para a Administração Pública a identidade específica do objeto, sendo impossível sua substituição por 'equivalentes'.*
>
> *Ocorre que a singularidade do objeto nada mais reflete senão a singularidade do próprio interesse estatal a ser atendido. Ou seja, um certo objeto não pode ser substituído por outro, para fins de contratação administrativa, por ser ele o único adequado para atender a necessidade estatal ou pela impossibilidade de*

satisfação das necessidades coletivas de modo equivalente, por meio de outro objeto"[2].

Ora, a única empresa capaz de atender o interesse da administração – manutenção da solução adquirida pela Câmara Municipal em 2011 – é a proprietária dos softwares que foram licenciados, uma vez que sem o acesso aos códigos-fonte nenhuma outra empresa é capaz de realizar essa tarefa.

No caso aqui analisado, somente seria possível competição se se licitasse a locação do software juntamente com a dos terminais, o que não se demonstraria conveniente e oportuno, seja em razão do preço (o custo dobraria, conforme orçamentos juntados ao expediente), seja porque a solução em curso tem se mostrado satisfatória, conforme manifestações dos Setores de Informática e Assessoria Técnica Legislativa.

Identificada a impossibilidade de competição entre potenciais interessados, é preciso verificar, por fim, a razoabilidade do preço praticado (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93).

Em seu art. 15, a Lei de Licitações determina que, nas compras realizadas pela Administração, sempre que possível, deverão ser verificadas *"condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado"* (inciso III), o que justificaria o preço proposto.

Conforme proposta apresentada pela Imply Tecnologia Eletrônica Ltda., seria mantido o atual preço, acrescido apenas de correção monetária, totalizando R$ 2.323,18 (dois mil trezentos e vinte e três reais e dezoitos centavos) mensais, preço este que é condizente com o praticado no mercado e representa metade do valor estimado para a alternativa existente (locação de terminais e softwares).

A vantajosidade pode ser atestada, ainda, pela economia com a não realização de processo licitatório para a contratação de serviço diverso, bem como a eliminação do prejuízo de tempo e custo que representa a migração para um novo sistema (implantação, adaptação e treinamento), caso se optasse pela alternativa.

Assim sendo, opino pela possibilidade de contratação direta de Imply Tecnologia Eletrônica Ltda., para a prestação do serviço de manutenção do painel eletrônico e sistema de votação plenária da Câmara Municipal de Caxias do Sul, com fulcro no art. 25, caput e inciso I, da Lei n.º 8.666/93, pois aferida a inviabilidade de competição e a razoabilidade do preço praticado, oferecido em condições de aquisição e pagamento semelhantes às de mercado.

É o parecer que submeto à vossa apreciação, s. m. j.

Fabrício P. Carelli
Assessor Jurídico
Mat. 238-5

[2] *Idem. Op. cit.*, p. 347/348.