Contrato – Inexigibilidade de licitação – PRODAM – Phoenix Software Internacional – licença exclusiva de uso e manutenção de seus produtos no território nacional – inviabilidade de competição – art. 24, "caput" Lei Federal 8666/93 – acolhido o ajuste com determinações – (Juízo Singular) – DOM 09/03/05 – Trânsito em julgado em 28/03/2005

Exmo. Sr. Consº Relator

Cuida o presente de análise de contrato pactuado entre a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – PRODAM e a empresa Phoenix Software Internacional, tendo por objeto a licença de uso e manutenção do software Falcon-Plus.

Os órgãos técnicos desta Corte, por unanimidade (DT-VI, AT Jurídica e SFC) em suas manifestações iniciais, foram de parecer pela irregularidade do ajuste, em face da inadequação da justificativa para a contratação direta, inexistência de fundamentação legal e não justificativa do preço (fls. 31/33, 36 e 38/40) muito embora a Secretaria de Informática tenha asseverado ser, do ponto de vista técnico, acertada a decisão (fls. 35).

Intimados os responsáveis pela contratação, sustentaram eles que Comissão Técnica da PRODAM concluiu ser o software contratado a melhor opção para empresa, por atender as especificações técnicas e já estar sendo utilizado há muitos anos, o que justificaria a preferência pela marca contratada (fls. 56/61).

A AT Jurídica, por sua Assessora Subchefe, entendeu que a manifestação da Secretaria de Informática de fls. 35 superou os questionamentos iniciais suscitados pelos órgãos técnicos, de maneira a caracterizar a contratação como a melhor opção para a PRODAM, inclusive no que tange ao preço, de maneira a encontrar respaldo legal no art. 25, "caput" da Lei 8.666/93 (fls. 68/69).

Propugnaram, a seguir, pelo acolhimento do ajuste DT-VI, SFC e PFM, na esteira da Assessora Subchefe da AT Jurídica e das razões de defesa (fls. 72/73 e 75/76).

É a síntese do processado, até o momento.

Embora não tenha a Origem, à época, justificado suficientemente ser a contratada a única empresa, no que tange a aspectos técnicos e ao preço, capaz de atender às necessidades da Administração, entendo que face às razões de defesa dos responsáveis (fls. 56/61) e à conclusão da Secretaria de Informática desta Corte (fls. 35), restou comprovada nos autos a inviabilidade de competição licitatória.

Com efeito, restou demonstrado no presente TC que a Phoenix Software Internacional era a única detentora da licença de utilização de seus próprios produtos, por não ter representação no território nacional (fls. 08 e 12); que o software contratado é utilizado pela PRODAM desde 1988, havendo motivos técnicos para a continuidade de sua utilização (fls. 07/11); que "a troca do software atual por outro similar, implicaria sem dúvida alguma, na adaptação e na adequação dos 1080 programas existentes" e "o deslocamento de profissionais para efetuarem tais ajustes, por si só, já demonstraria total desvantagem financeira para a PRODAM, visto que o preço de aquisição do referido produto, em comparação com outros softwares utilizados em main-frame (grande porte), é relativamente baixo" (fls. 35); e que o software concorrente não atende às necessidades da PRODAM (fls. 35).

Com bem ressaltou a Assessora Subchefe da AT-Jurídica, a hipótese presente encontra respaldo legal no art. 25, "caput" da Lei 8.666/93, já que, de acordo com a jurisprudência pátria, a licença para uso de

software consiste em prestação de serviços (STF, RE 176.626-SP, j. 10.11.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), sendo de aplicar-se, "in casu", a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

"É lícita a contratação de serviços com fulcro no art. 25, "caput", sempre que comprovada a inviabilidade de competição. Ressalte-se que, na hipótese de contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o "caput", posto que o inciso I trata apenas de compras. É mister, ainda, a comprovação da exclusividade na prestação do serviço" (TCU – Decisão nº 063/98 – apud Renato Geraldo Mendes, "Lei de Licitações e Contratos Anotada", 1998, pág. 72).

Além de justificar suficientemente a singularidade da contratada e a vantajosidade do preço (art. 26, Parágrafo único da Lei 8.666/93), deveria a Origem ter tomado as seguintes cautelas:

a) a adequada formalização do ajuste, tendo em vista o disposto no art. 55 da Lei 8666/93, em especial o seu § 2º, de maneira a fixar na Comarca da Capital o foro judicial competente para dirimir eventuais questões contratuais;

b) deixar clara a compatibilidade do contrato com a legislação brasileira específica sobre a matéria, particularmente a Lei nº 9.609, de 19.02.98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País, bem como com o disposto no art. 111 da Lei Federal nº 8.666/93;

c) demonstrar que a contratação atende aos projetos e diretrizes de informatização da PRODAM aprovados pelo Conselho Municipal de Informática, exigência do art. 2º do Decreto nº 40.398/01;

d) registrar o contrato, acompanhado da respectiva tradução, no Cartório de Títulos e Documentos, conforme artigos 129, § 6º e 148 da

Lei de Registros Públicos, Lei Federal nº 6.015/73, para que possa produzir efeitos legais no País.

Em face do exposto, na esteira das manifestações precedentes opino pelo acolhimento do ajuste sob exame, relevando-se as impropriedades formais detectadas, deixando a critério de Vossa Excelência as determinações pertinentes.

À consideração de Vossa Excelência.

São Paulo,

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

JUÍZO SINGULAR

RELATÓRIO

Trata o presente de análise do Contrato n. CO-09.04/2001, firmado entre a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – PRODAM e a empresa Phoenix Software International, tendo por objeto a aquisição de licença de uso e manutenção do software MVS/Falcon-Plus.

Os órgãos técnicos deste Tribunal, em suas manifestações iniciais, pronunciaram-se pela irregularidade do ajuste, por inadequação de fundamentação legal para a contratação direta e da não-justificativa do preço (fls. 31/33, 36 e 38/40), muito embora a Secretaria de

Informática desta Corte, embasada em elementos de ordem técnica e econômica, tenha asseverado o acerto da decisão quanto à contratação (fls. 35).

Intimados a se manifestar acerca das conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos, os responsáveis pelas despesas argumentaram na mesma linha da Secretaria de Informática e, com base na doutrina, sustentaram ainda que a vedação legal da preferência de marca não pode ser absoluta, encontrando justificativa no princípio da necessidade administrativa, sendo que, no caso, tratava-se de manter a mesma marca já adotada no órgão há quatorze anos, além de contar com parecer de comissão técnica que, verificando junto ao mercado a performance de outro software de digitação (LTDhs da Light Infocom), em testes na Companhia, concluiu favoravelmente à manutenção do software que já vinha sendo utilizado, por melhor atender às necessidades da PRODAM.

A par disso, ressaltaram os defendentes que na época da renovação do contrato é que a PRODAM tomou conhecimento de que não havia mais representação da contratada no Brasil, conforme informação constante em carta enviada pela Matriz dos Estados Unidos, embora no próprio papel timbrado da contratada ainda constasse como existente um escritório no Rio de Janeiro (fls. 56/61).

À vista das justificativas apresentadas pela Origem e com suporte no parecer da Secretaria de Informática, a Assessoria Técnica-Jurídica reavaliou sua posição inicial e opinou pelo acolhimento do ajuste, prevalecendo na Especializada o entendimento de que as questões inicialmente levantadas – justificativa do contrato e fundamento legal e preço – restaram superadas, pois a Origem não tinha melhor opção a não ser contratar com a Phoenix Software International, que forneceria não só o

serviço mais adequado em qualidade como também o preço mais baixo (fls. 68 e 69).

Diante da manifestação da AT-J, a Divisão Técnica VI, com endosso da Secretaria de Fiscalização e Controle, retificou sua manifestação anterior, concluindo pela regularidade do Termo de Contrato (fls. 72 e 73).

A Procuradoria da Fazenda Municipal pronunciou-se pela regularidade do ajuste (fls. 75 e 76).

A Secretaria-Diretoria Geral, na esteira das manifestações dos órgãos técnicos deste Tribunal, e entendendo que restou comprovada nos autos a inviabilidade de competição, concluiu pelo acolhimento do contrato e relevação das impropriedades formais detectadas, propondo porém algumas determinações no sentido da melhor observância da legislação pátria em vigor.

DECISÃO

Embora não tenha a Origem, à época, justificado suficientemente ser a contratada a única empresa a fornecer o produto adequado à satisfação de suas necessidades, entendo que os elementos de defesa, aliados à conclusão expressada pela Secretaria de Informática desta Corte, são suficientes para que se conclua acerca da comprovação da situação de inviabilidade de competição para a contratação que ora se examina.

Com efeito, a par de a contratação haver sido celebrada com a única detentora da licença de utilização de seus próprios

produtos, verifica-se a comprovação, nos autos, de motivos de ordem técnica e econômica a atestar a vantajosidade da continuidade da utilização do referido software.

A própria Secretaria de Informática deste Tribunal, a par de invocar o aspecto da confiabilidade e eficácia do produto objeto do contrato, reconheceu, em consonância com laudo técnico apresentado por técnicos da Origem, o acerto na tomada de decisão técnica referentemente à opção pela continuidade do software MVS/Falcon-Plus, uma vez que a troca do produto por outro implicaria adaptação e adequação de uma quantidade significativa de programas existentes (1.080) e exigiria o deslocamento de profissionais para efetuarem os ajustes necessários, com total desvantagem financeira para a empresa, visto que o preço de aquisição, comparativamente a outros softwares utilizados em grande porte, era relativamente baixo, além de o software concorrente não atender às necessidades da PRODAM.

Isto posto, à vista dos elementos contidos nos autos e com base nas conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal e pela douta Procuradoria da Fazenda Municipal, que adoto como razões de decidir, entendo superadas as questões inicialmente levantadas, encontrando a contratação respaldo no “caput” do artigo 25 da Lei Federal n. 8.666/93, que declara inexigível a licitação quando há inviabilidade de competição. Ademais, constata-se que os princípios da economicidade e vantajosidade foram observados.

Destarte, relevo as impropriedades apontadas e **acolho o Contrato n. CO-09.04/2001**.

Considerando o disposto no artigo 55, combinado com o artigo 62, parágrafo 3°, da Lei Federal n. 8.666/93, e perfilhando-me

ao entendimento expressado pela Secretaria-Diretoria Geral, **determino** à PRODAM que, no futuro, além de justificar suficientemente a singularidade da parte contratada e a vantajosidade do preço ajustado, na conformidade do disposto no artigo 26, parágrafo único, da referida Lei, observe atentamente os comandos legais em vigor e adote providências no sentido de:

a) formalizar adequadamente o ajuste, ainda que a parte contratada seja pessoa física ou jurídica domiciliada no estrangeiro, ressalvada a hipótese prevista na referida Lei, de maneira a fixar na Comarca da Capital o foro judicial competente para dirimir eventuais questões oriundas da avença;
b) deixar clara a compatibilidade do contrato com a legislação brasileira específica sobre a matéria, particularmente a Lei Federal n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País, bem como com o disposto no artigo 111 da Lei Federal n. 8.666/93;
c) demonstrar que a contratação atende aos projetos e diretrizes de informatização da PRODAM aprovados pelo Conselho Municipal de Informática, consoante exigido pelo artigo 2º do Decreto Municipal n. 40.398, de 04 de abril de 2001;
d) registrar o contrato, acompanhado da respectiva tradução, no Cartório de Títulos e Documentos, na conformidade do disposto nos artigos 129, parágrafo 6º, e 148, da Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a fim de que o ajuste possa produzir efeitos legais no País e valer contra terceiros.

São Paulo, 24/02/2005

MAURICIO FARIA
Juiz Singular