

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A)
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Ref.: Pregão Eletrônico nº 14/2017

SOFTPLAN Planejamento e Sistemas Ltda., por seu representante infra assinado, vem à presença de Vossa Senhoria, nos termos do art. 41, § 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 e demais legislação correlata, e fls. 5 do Edital apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do **EDITAL Pregão Eletrônico nº 14/2017**, certame licitatório no qual tem interesse em participar, com fulcro nos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I. Da Tempestividade da Impugnação e Legitimidade do Impugnante

Consigna a Lei 8.666/93:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...]

“§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

“§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.”

Consigna o **Pregão Eletrônico nº 14/2017**:

8.2 Até 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para abertura das propostas, qualquer pessoa poderá impugnar o presente edital, mediante petição por escrito, protocolizada no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no endereço constante no preâmbulo deste edital;

O Edital estabelece como data para abertura das propostas:

ABERTURA DAS PROPOSTAS: 17/7/2017 às 10:00 horas (Horário de Brasília).

Portanto, apresentado aos 13 de julho de 2017, a presente Impugnação é tempestiva.

1/6

A **SOFTPLAN** possui, dentre as atividades que integram seu Objeto Social, a prestação dos serviços/fornecimentos pertinentes e compatíveis ao objeto do Edital.

Presentes, portanto, os requisitos de tempestividade e legitimidade para a Impugnação.

II - Dos Fatos e do Direito

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) promove o **Pregão Eletrônico nº 14/2017** com o seguinte objeto:

OBJETO: Contratação de empresa especializada em tecnologia da informação para a prestação de serviços técnicos de análise, diagnóstico e resolução de incidentes e problemas de sistemas (atendimento de 3º nível), objetivando regularizar o funcionamento dos aplicativos ou rotinas afetados, incluindo as atividades de suporte à homologação de sistemas, suporte à validação de métricas e qualidade, suporte à arquitetura de software, suporte a portais e suporte a sistemas de informação, executados sob demanda, limitada aos quantitativos anuais, durante o período de 12 (doze) meses, prorrogáveis conforme possibilidades definidas na Lei n. 8.666/1993, para atender às necessidades do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste edital e seus anexos.

O Edital em questão pode conter condições com potencial para violação dos princípios constitucionais que protegem os direitos autorais de programas de computador e a legislação de regência, qual seja a Lei do Software (Lei nº 9.609/98) e a Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98), como se demonstra a seguir, em razão do que tais requisitos devem ser corrigidos, determinando-se a republicação do Edital e reabertura do prazo para formulação de propostas, sob pena de, necessariamente, anular-se, por ilegal, o certame (art. 49, caput, Lei 8.666/93, última parte).

III – Das Disposições Editalícias que não se Ajustam à Legislação de Regência

a) Falta de Clareza e de Adequada Caracterização do Objeto do Edital

Entre as demandas previstas que fundamentam a contratação pretendida a ser firmada com o vencedor do Edital Pregão Eletrônico 14/2017, como se colhe do Termo de Referência, encontram-se as seguintes atividades:

Atividades de suporte técnico de 3º nível, com o atendimento a aproximadamente 4.500 chamados, por ano, de solicitações de serviços de análise e diagnóstico de incidentes de sistemas e execução de procedimentos necessários para sanar ou contornar os incidentes reportados, objetivando regularizar o funcionamento dos aplicativos ou rotinas afetados.

E ainda, no mesmo Termo de Referência, consta:

2/6

2.3.1.2. Atualmente, existe uma demanda crescente de atendimento para atividades de suporte técnico especializado a sistemas, totalizando aproximadamente 4.500 chamados por ano, com solicitações de serviços para análise e diagnóstico de incidentes e problemas de sistemas e execução de procedimentos necessários para sanar ou contornar os incidentes reportados, objetivando regularizar o funcionamento dos aplicativos ou rotinas afetados, incluindo as atividades de suporte à homologação de sistemas, suporte à validação de métricas e qualidade, suporte à arquitetura de software, suporte a portais e suporte a sistemas de informação.

Como se verifica, as atividades objeto da presente contratação orientam-se a proceder a regularização de funcionamento dos sistemas aplicativos que estão em operação no TJCE, assim como procedimentos necessários para sanar incidentes reportados em tais sistemas.

O Edital, em nenhum momento, indica quais os sistemas a serem objeto dessas atividades de correção ou regularização em caso de mau funcionamento, e, em que pese a formulação de pedido de esclarecimento pela própria Impugnante, a resposta obtida informa que, somente com a abertura do chamado para atendimento é que será possibilitado à contratada saber sobre que sistema será necessário realizar a atividade de regularização ou correção. Diz o esclarecimento do TJCE a tais questionamentos:

- A) Os sistemas que serão suportados através do serviço contratado, bem como os procedimentos para atendimento das requisições de serviços, serão identificados somente no momento do encaminhamento dos chamados pelo TJCE, de acordo com os itens 3.1.1.5.1, 3.1.1.5.4 e 3.1.1.5.8.2 do Anexo I - Termo de Referência do Edital N° 14/2017.
- B) Os sistemas que serão suportados através do serviço contratado, bem como os procedimentos para atendimento das requisições de serviços, serão identificados somente no momento do encaminhamento dos chamados pelo TJCE, de acordo com os itens 3.1.1.5.1, 3.1.1.5.4 e 3.1.1.5.8.2 do Anexo I - Termo de Referência do Edital N° 14/2017.
- C) Os sistemas que serão suportados através do serviço contratado, bem como os procedimentos para atendimento das requisições de serviços, serão identificados somente no momento do encaminhamento dos chamados pelo TJCE, de acordo com os itens 3.1.1.5.1, 3.1.1.5.4 e 3.1.1.5.8.2 do Anexo I - Termo de Referência do Edital N° 14/2017.

Dispõem os itens de Termo de Referência do Edital 14/2017, indicados nos Esclarecimentos prestados:

3.1.1.5.1. O serviço de Suporte de 3º Nível em Sistemas compreende as tarefas necessárias à manutenção da disponibilidade dos sistemas de TI, inclusive daqueles ofertados à população através da WEB, com redução dos riscos de ocorrência de incidentes e problemas.

3.1.1.5.4. Em função das otimizações, propostas de melhorias de processos e/ou novas tecnologias incorporadas/substituídas pelo CONTRATANTE, as tarefas poderão sofrer alterações, ao longo da execução contratual, a fim de contemplar as atividades/adequações necessárias à perfeita execução dos serviços sem que se caracterize, necessariamente, alteração, acréscimo ou supressão dos serviços ao objeto contratado.

3.1.1.5.8.2. Caberá ao CONTRATANTE definir as requisições de serviços, seus procedimentos e fluxo de atendimento.

Nesses termos, pode-se verificar que falta clareza e caracterização adequada ao objeto do Edital, em razão do que haveria, em tese, violação às disposições da legislação de regência.

A exigência de clareza do objeto do Edital é condição inafastável para a licitude do certame, conforme disposto nos artigos 14 e 40, inc. I, da Lei 8.666/93, assim como viola o disposto no inc. II, art. 3º, da Lei 10.520/02, em que são exigidos ao objeto os atributos de precisão, suficiência e clareza, de forma a não limitar a ampla competitividade.

Lembra Justen, que:

“Como regra, toda e qualquer licitação exige que a Administração estabeleça, de modo preciso e satisfatório, as condições da disputa. Mais precisamente, a Administração tem de licitar aquilo que contratará – o que significa dominar, com tranquilidade, todas as condições pertinentes ao objeto a ser licitado [...]”

Se a Administração não conhece ou não tem certeza do que expressamente deseja contratar, receberá propostas inadequadas, escolherá fornecedor inadequado, o contrato resultará defeituoso, a execução do objeto será prejudicada, causando prejuízos, tanto ao interesse público, quanto ao contratado.

b) Possibilidade de Violação de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual de Programas de Computador

Dentre as atividades elencadas para realização pelo prestador de serviços que vier a ser contratado, encontramos:

3.1.1.6. Das tarefas a serem realizadas

3.1.1.6.1. As atividades a serem executadas estão agrupadas em macroatividades que, por sua vez, integram um processo ou serviço, cujo resumo é apresentado na tabela abaixo e o detalhamento nos itens seguintes.

Implementar soluções temporárias ou definitivas (scripts SQL, versões de programas para contornar, corrigir defeitos ou executar requisições de serviços).

Evidente que implementar soluções em programas de computador e desenvolver novas versões dos mesmos exige, necessariamente, acesso e trabalho sobre os fontes desses programas que integram os sistemas em operação no TJCE.

Como é sabido, alguns dos sistemas atualmente em operação no TJCE foram licenciados pela Impugnante, por meio de contratos de prestação de serviços com o TJCE.

Em atendimento às disposições do artigo 111 da Lei 8.666/93 a SOFTPLAN entrega(va) ao TJCE **para guarda e uso próprio e exclusivo do Contratante, por meio de seus servidores efetivos**, os fontes desses sistemas, que vem desenvolvendo e aperfeiçoando

ao longo de seus mais de 25 anos de atuação no mercado e são a razão de existir e do sucesso empresarial da SOFTPLAN, nesse período e no futuro.

Com a pretendida contratação de terceiros para implementar soluções em programas de computador e desenvolver novas versões desses programas, dentre os quais, por falta de clareza do Edital, podem vir a ser acessados os programas de propriedade da Softplan, depositados no TJCE por força de contratos anteriormente mantidos, seria possível, em tese, que viessem a ocorrer violações de disposições legais que protegem o direito autoral e a propriedade intelectual de programas de computador, dentre as quais violação do disposto no art. 5º, inc, XXVII da Constituição Federal em vigor e das disposições específicas do artigo 2º e seguintes da Lei do Software (Lei 9.609/98) e artigo 7º, XII e demais disposições relativas a programas de computador da Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

Portanto, necessário que sejam garantidos os direitos autorais dos programas desenvolvidos pela Softplan e cujos fontes estão depositados no TJCE para uso próprio, resguardando-os do acesso a terceiros, que podem, em tese, utilizar-se de tal privilégio para criar derivações ou quaisquer outros novos produtos, concorrentes de mercado aos criados pela SOFTPLAN.

Assim, necessário especificar no Edital os sistemas a serem ajustados pelo pretendido suporte de terceiro nível, excluindo dessa relação aqueles cuja intervenção do contratado poderá vir a ferir direitos autorais e propriedade intelectual do fabricante ou produtor desses programas de computador, conforme protegido na Constituição Federal, Lei do Software e Lei de Direitos Autorais.

IV. Conclusão

Dispõe a Lei 8.666/93, em seu artigo 4ª, que “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º, têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei...”

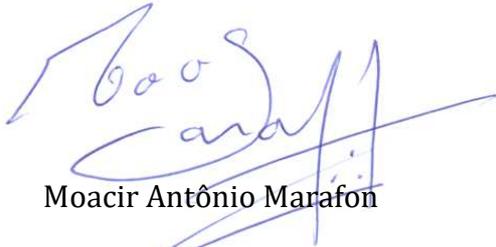
Consignados os requisitos da tempestividade e legitimidade da presente Impugnação, é direito público subjetivo do impugnante que a Administração processe o expediente legal, corrigindo as irregularidades apontadas, em tempo hábil, vez que não o fazendo estará atuando ilegalmente, desatendendo, ainda o princípio da igualdade entre os licitantes.

Cabe referir, ainda, como leciona Marçal Justen (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 10ª Edição), que: *“Se havia ilegalidade e o agente recusou-se a proclamá-la, deve ser responsabilizado por sua conduta abusiva. Exercitado o controle (do edital) por outras vias ou em virtude de provocação de quem tenha direito de ação, o agente arcará com as consequências da recusa de invalidar ato viciado”*

Necessariamente deverá a autoridade administrativa, reconhecendo as possíveis ilegalidades constantes do Edital Pregão Eletrônico nº 14/2017, apontadas na presente Impugnação, promover as medidas corretivas que se fazem necessárias, determinando-

se a republicação do Edital e reabertura do prazo para formulação de propostas, como prevê o art. 49, caput, Lei 8.666/93, última parte.

Pede Deferimento.



Moacir Antônio Marafon

SOFTPLAN Planejamento e Sistemas Ltda.