CONTRATAÇÃO DIRETA — URNAS ELEITORAIS — APERFEIÇOAMENTO TECNOLÓGICO

Tribunal de Contas da União
Proc. 3319

GRUPO II — CLASSE III — Plenário
Processo nº TC 003.319/97-0

Natureza: *Consulta*

Órgão de Origem: Tribunal Superior Eleitoral — TSE

Interessado: Ministro-Presidente Marco Aurélio

Unidade de Instrução: 3ª SECEX

Ementa: Consulta formulada pelo Tribunal Superior Eleitoral — TSE. Possibilidade de contratação direta para aquisição e modernização de urnas eletrônicas. Caso concreto. Não conhecimento. Envio de cópia do Relatório/Voto e Decisão adotada pelo Tribunal, para conhecimento da Autoridade consulente.

Versam os autos sobre *Consulta* formulada pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior Eleitoral acerca da possibilidade de contratação direta para aquisição e modernização de urnas eletrônicas, nestes termos.

"*I. É possível a contratação direta do licitante vencedor do certame anterior para que este proceda à incorporação das soluções tecnológicas necessárias ao equipamento que produziu?*

2. É possível a contratação direta do licitante vencedor do certame anterior para o fornecimento de equipamentos similares aos produzidos por ele anteriormente, só que com novas especificações de hardware e *software*?"

2. A *Unidade de Instrução* (fls. 38/42), no estudo da matéria, observa inicialmente que:

.....

"I. As peças encaminhadas informam acerca da meta de implantação do voto eletrônico no País. Segundo relato às fls. 08, em 1996, foi realizado certame para fabricação de 78.000 urnas eletrônicas. Na dita licitação sagrou-se vencedora a empresa UNISYS, que levou a termo o contrato pactuado.

2. Relatam ainda os autos a existência de cláusula contratual atribuindo à Corte Eleitoral todos os direitos decorrentes da concepção e produção das referidas urnas.

3. Ante a necessidade de aprimoramento dos coletores eletrônicos e aquisição de novos (fls. 04/05 e17), perquire a consulente a possibilidade de contratação direta para realização de tais despesas. No corpo do processo, são evocadas as vantagens advindas de uma contratação com a UNISYS (fls. 27), sem nova licitação. Seriam elas.

— facilidade de gerenciamento pelo TSE, relacionados com desenvolvimento, produção, logística e manutenção:

— experiência no processo eleitoral diretamente relacionada com a urna eletrônica do TSE;

— conhece os detalhes do projeto da urna a ser atualizada;

— facilidade de implantação de processo de segurança e diminuição de riscos de fraude;

— impossibillidade de obter uma folga no cronograma de desenvolvimento e produção em função de sua experiência em 1996.

4. As alegações, entretanto, não sustentam uma contratação direta. Para prejudicar o gerenciamento do TSE, necessário seria considerar-se a possibilidade de firmas diversas vencerem a modernização das urnas e a fabricação das novas. Todavia, tendo em vista o disposto no art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93, o parcelamento de obras, serviços e compras deve cingir-se às etapas *tecnicamente viáveis*. Sendo assim, em havendo inviabilidade comprovada de coadunar-se modernização e produção a firmas distintas, seria necessário que a mesma empresa realizasse as duas tarefas. Ou seja, o gerenciamento do TSE ficaria adstrito a apenas uma firma, como ocorreu em 1996.

4.1 Ademais, a dificuldade de gerenciamento não encontra tutela legal para respaldar uma contratação direta da firma, o que afasta definitivamente a pertinência do argumento.

5. Quanto à segunda vantagem, é inegável a importância da experiência da UNISYS com as urnas, entretanto, deve ser considerada a diretriz de implantação do voto eletrônico. Sendo projeto da Justiça Eleitoral a implantação dessa espécie de voto, faz-se mister a ampliação desse conhecimento no âmbito do mercado nacional. Caso contrário, estaríamos condenando a Corte Eleitoral a permanecer a mercê de uma única empresa.

6. O fato de uma firma haver adquirido experiência com o processo eleitoral não pode excluir as demais empresas do ramo. A Lei Maior atribui à Administração a função de contribuir com a ampliação de competitividade, com o estimulo ao crescimento do mercado nacional. Destinar parte tão significativa do mercado a uma única firma é contrariar o mandamento constitucional.

7. A responsabilidade pela segurança do sistema de voto é inerente à Justiça Eleitoral. Assim sendo, o fato de uma empresa tomar conhecimento das especificações iniciais do projeto não pode por em risco a segurança do pleito. É natural que empresas privadas conheçam o projeto, vez que os aparelhos não podem ser produzidos pela própria Justiça Eleitoral. Dessa forma, o fato de apenas a UNISYS já deter o conhecimento da produção dos coletores eletrônicos não representa garantia de segurança. Tal fator não pode ser a base da segurança.

8. Quanto à redução do tempo necessário para desenvolvimento e produção surgem outros questionamentos. Primeiramente, a alegação não é conclusiva. Ela, tão-somente, apresenta a redução do tempo de produção como uma *possibilidade*, não como um dado concreto e passível de confirmação. Em segundo, a assertiva despreza a experiência do TSE, que acompanhou os trabalhos desenvolvidos em 1996. E em terceiro, por inexistirem dados definitivos acerca dos prazos necessários por outras empresas para entrega dos produtos, resta prejudicada qualquer tentativa de analisar-se uma redução do cronograma de entrega.

9. Em que pese as considerações até aqui aventadas não serem suficientes para justificar a contratação direta, o questionamento realizado pela Corte Eleitoral se atém à possibilidade de ser pactuada a despesa com ausência de licitação. Sendo assim, passaremos a analisar tal possibilidade.

10. Segundo a legislação em vigor, duas são as formas básicas de contratação direta — dispensa e inexigibilidade. A primeira conta com o rol taxativo do art. 24 da Lei de Licitações, que discorre acerca das possibilidades de aplicação do dispositivo. Entre os casos elencados, entretanto, não há hipótese capaz de aplicar-se à situação em comento. Assim sendo, passamos à segunda forma de contratação, a inexigibilidade do art. 25. Esse dis-

positivo, por ser meramente exemplificativo e abordar de forma mais genérica o assunto, pode vir a alcançar o caso em tela, se preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação.

10.1 O art. 25 prevê a contratação direta para a hipótese de se mostrar inviável a competição. Merece destaque o fato de a inviabilidade depender da especificação da Administração, vez que lhe cabe descrever o objeto a ser pactuado. Nesse sentido, valemo-nos da obra de Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 147.

'A inviabilidade da competição decorre, portanto, dos critérios adotados pela Administração para selecionar o objeto a ser contratado e a forma de sua execução.''

'A validade da adoção de critérios que reduzam a competição depende da satisfação do interesse público. Se inexistir relação entre a restrição e as necessidades públicas a serem satisfeitas, estará caracterizado vício insanável da licitação ou da contratação. Haverá vício quando inexistirem necessidades que justifiquem a introdução de cláusulas restritivas ou quando as cláusulas restritivas não forem harmônicas com o interesse público a ser atendido.'

10.2 Só estaria assim configurada a necessidade de contratação direta mediante confronto entre as especificações a serem exigidas pelo licitante e a oferta disponível na praça.

10.3 Restaria, ainda, esclarecer sobre a formalização do processo. Consoante art. 26 da Lei nº 8.666/93, tal contratação exige que seja constituído processo próprio com as devidas justificativas da contratação, do preço (planilhas de custo, orçamentos...).

Lei nº 8.666/93

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nas incisos III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art.25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior para ratificação e publicação na Imprensa Oficial no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I — caracterização da situação emergencial ou calamitoso que justifique a dispensa, quando for o caso;

II — razão da escolha do fornecedor ou executante:

III — justificativa do preço.

10.4 Corroborando o entendimento do parágrafo anterior, recorremos ao tratamento conferido à matéria por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *in* Contratação Direta Sem Licitação, pág. 286 e 333.

'A inviabilidade de competição presente nos casos de inexigibilidade de licitação e, em alguns casos, a singularidade do objeto pretendido, tem levado muitos órgãos a desconsiderar os preceitos dos arts. 25, 2º, e 26, inciso III da Lei nº 8.666/93.'

'Dispõe esses normativos, de forma categórica, que a Administração contratante deve estabelecer os valores dos preços, que não poderão ser superfaturados. Mais do que isso, impõe esses normativos que será necessário justificar os preços contratados, não havendo qualquer exceção para os casos de singularidade do objeto ou inviabilidade de competição'.

'É, pois, imperioso, que a justificativa evidencie todos os requisitos necessários à caracterização da situação que o legislador erigiu como condição *sine quo non* a contratação direta.'

10.5 Nesse mesmo sentido já se pronunciou esta Corte de Contas ao proferir decisão no processo nº TC-004.948/95-5:

Decisão nº 613/96 — Plenário — Ata 38/96

(...)

O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. determinar à Companhia Vale do Rio Doce que:

1.1. justifique na ata de homologação das reuniões da comissão de licitação o motivo da inabilitação de qualquer licitante;

1.2. efetue planejamento adequado das

compras, de forma a deixar de proceder a aquisições para objetos iguais em curto espaço de tempo, assim como evitar a realização de compras, sem licitação, sob a alegação de urgência;

1.3. justifique os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, bem como providencie, no prazo legal, a publicação no Diário Oficial da União dos avisos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação e do resumo dos contratos firmados, conforme dispõe o art. 26 da Lei nº *8.666/93;*

1.4. não proceda a contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação, exceto quando constatar, de forma induvidosa, a total inviabilidade de competição, observando-se para tanto os critérios definidos na Lei nº *8.666/93 e os princípios norteadores da licitação e dos casos de sua inexigibilidade."*

.....

3. Com essas considerações, a *3ª SECEX* opina favoravelmente, no sentido de que é possível a contratação direta da empresa responsável pela produção dos coletores eletrônicos de voto de 1996 para incorporação de soluções tecnológicas àquelas urnas, bem como para fornecimento de equipamentos similares, com base no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, inexigibilidade de licitação, *desde que comprovada a inviabilidade de competição e preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 26 do mesmo diploma legal* (grifamos)

4. Solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao Tribunal (fl. 37).

5. Dessa forma, o Sr. *Procurador-Geral em exercício*, Dr. Jatir Batista da Cunha, discordando da proposição acima, assim se manifesta:

.....

"A questão prática que se coloca diz respeito à viabilidade jurídica de o TSE contratar, sem licitação, a UNISYS, empresa de grande porte que desenvolveu o projeto de implantação das urnas eletrônicas utilizadas nas eleições de 1996 (UE96), para realizar os trabalhos de atualização dessas mesmas urnas e de produção de novas urnas eletrônicas, com vistas às eleições de 1998 (UE98).

De acordo com a Lei nº 8.666/93, duas são as modalidades de contratação direta: dispensa (art. 24) e inexigibilidade de licitação (art. 25).

Relativamente à dispensa de licitação, pode-se observar que a situação em tela não se enquadra nas hipóteses taxativamente enumeradas nos diversos incisos do mencionado art. 24.

Como assevera a Assessoria Jurídica daquele Tribunal (fl. 31, item 6):

'Sequer seria cabível, a esta altura, cogitar-se da situação de emergência inscrita no inciso IV, uma vez que a Secretaria de Informática está a provocar a decisão administrativa com suficiente antecedência, o que afasta a urgência de atendimento que previne o comprometimento de bens e serviços, característica essencial da emergência, impondo-se, por isto mesmo, que a Administração decida em tempo de permitir, se for o caso, a realização de certame licitatório' .

Resta analisar a possibilidade de ser inexigível a licitação.

Observa-se que as aquisições em comento não se enquadram no rol exemplificativo contido nos incisos I a III do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

De Plano, descarta-se a exclusividade (inc. I), uma vez que o próprio documento elaborado pela Secretária de Informática do TSE (fls. 08/28) evidencia a existência de uma pluralidade de empresas em condições de executar ambos os objetos.

Afasta-se, outrossim, a notória especialização (inc. II). Consoante voto do eminente Ministo-Relator IRAM SARAIVA, no TC-017.847/91-5 (Decisão nº 765/96, Ata nº 48/96 — Plenário), *'para caracterizar como regular um contrato de prestação de serviços com invocação da inexigibilidade de licitação por força da inviabilidade de competição resultante da situação prevista no inciso II do art. 25, é necessário a presença simultânea de três requisitos: a 'notória especialização'* da empresa, a singularidade do serviço a ser prestado, e seu enquadramento na lista de serviços especializados constante do art. 13 da Lei'. Diante da ausência desses requisitos, não há que se falar em notória especialização.

Quanto ao inciso III — contratação de profissional do setor artístico — esta condição escapa completamente do presente debate.

Contudo, tanto à doutrina quanto a jurisprudência têm aceito que a licitação possa ser inexigível, com fundamento apenas no *caput* do art. 25, desde que devidamente comprovada a inviabilidade de competição. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (*in: Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995), enumera, às fls. 282/286 da obra citada, uma série de casos em que a inexigibilidade de licitação é amparada somente no *caput* do referido art. 25.

Aliás, esta Corte de Contas já se manifestou sobre a matéria. Em Sessão de 28.07.93, Ata 31 do Plenário, Decisão 325/93, o Tribunal fez o seguinte esclarecimento ao INSS, *verbis*:

"*O enquadramento em situação de inexigibilidade de licitação, prevista no Estatuto de Licitações e Contratos — Lei nº 8.666/93, art. 25, caput — exige* inviabilidade de competição, *sendo que o caso especial previsto no inciso I do mesmo artigo só se configura se comprovado não apenas que determinado material, equipamento ou gênero só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo — vedada a preferência por marca — mas também que inexistem produtos similares capazes de atender às necessidades do serviço, devendo ambas as assertivas estarem devidamente comprovadas nos autos*'.

Examinam-se, então, outros argumentos trazidos aos autos.

No que tange a *princípio da padronização*, este foi refugado pela Assessoria Jurídica do TSE (fl. 33, item 19):

'*De ressaltar-se, ainda, o despropósito de chamar à colação o princípio da padronização. Este tem por premissa a adoção de solução técnica excludente de qualquer outra, por ser a única que atenda à necessidade do serviço e, pois, ao interesse público. No caso, o documento técnico da Secretaria de Informática deixa claro que os aperfeiçoamento da UE/96 serão aqueles determinados pela própria Justiça Eleitoral, e, não, pelo mercado. E que as características técnicas do UE/98 poderão obedecer a padrões diferenciados desde que preservado o perfil básico cuja definição também é da alçada da Justiça Eleitoral*".

Com relação à possibilidade de ocorrência de incompatibilidade técnica entre equipamentos, freqüente quando se cuida de equipamentos de informática, esta Corte de Contas já decidiu que é passível de licitação a aquisição de equipamentos de informática, tendo em vista a viabilidade de competição no mercado de computadores. No entanto, o Tribunal admitiu, como exceção, que, na *impossibilidade* de se adquirir, por meio de licitação, aparelhos de outras marcas que funcionem em expansão ou paralelamente aos já instalados, podem-se adquirir da mesma empresa equipamento da mesma marca, com fundamento na inexigibilidade de licitação, devidamente justificada e com o aval da autoridade superior (Decisão nº 549/92, Ata nº 53/92 — Plenário).

No caso que ora se avalia, entende-se que não se pode aplicar tal exceção, posto que o documento técnico elaborado pela Secretaria de Informática do TSE, apesar de não as excluir, não afirma a existência de incompatibilidade absolutas (fl. 31, item 10).

Relativamente à segurança do sistema, essa questão foi pertinentemente examinada pela 3ª SECEX, no item 7 da instrução de fls. 38/42, *verbis:*

'A responsabilidade pela segurança do sistema de voto é inerente à Justiça Eleitoral. Assim sendo, o fato de uma empresa tomar conhecimento das especificações iniciais do projeto não pode por em risco à segurança do pleito. É natural que empresas privadas conheçam o projeto, vez que os aparelhos não podem ser produzidos pela própria Justiça Eleitoral. Dessa forma, o fato de apenas a UNISYS já deter o conhecimento da produção dos coletores eletrônicos não representa garantia de segurança. Tal fator não pode ser a base da segurança' .

Em suma: o único ponto reconhecidamente favorável à contratação direta da UNISYS é a sua experiência adquirida no desenvolvimento e produção dos equipamentos utiliza-

dos nas eleições de 1986, bem como na logística adotada naquele pleito (fl. 28).

Ou seja: alega-se a necessidade de se contratar a mesma firma pelo simples fato de ser ela a contratada anterior para o mesmo serviço ou serviço similar.

Aceitando-se como plausível tal linha de justificativa, será forçoso admitir que a Administração, a cada novo contrato, ver-se-á obrigada a contratar a mesma firma, que deverá ser novamente contratada em uma avença futura, e assim por diante, podendo-se constituir uma cadeia quase inextricável, em detrimento da competição licitatória. Tal poderia culminar em inegável inversão de valores, que colocaria o Poder Público numa incômoda situação de dependência de um único particular, detentor de determinada tecnologia.

Nesse contexto, deve-se mencionar, por oportuno, trecho do voto do eminente Ministro-Relator PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA, ao relatar o TC-650.145/94-1 (Decisão nº 623/94 Ata nº 47/94 — Plenário):

'Vale ressaltar que o Administrador deve procurar sempre a via licitatória, optando para sua dispensa tão-somente nos casos em que a inviabilidade de competição estiver perfeitamente caracterizada e claramente justificada' .

Deve-se salientar, por fim, que os pontos levantados pela Secretaria de Informática do TSE, em favor da UNISYS, já a colocam em posição privilegiada, frente à concorrência, em um processo licitatório, que, aliás, deve ser do tipo 'técnica e preço', consoante estabelecem o § 3º do art. 45 da Lei nº 8.666/93 e o art. 1º do Decreto nº 1.070/94.

Sendo assim, o entendimento do Ministério Público é no sentido de ser inadmissível a contratação direta da empresa responsável pela produção dos coletores eletrônicos de voto de 1996 para incorporação de soluções tecnologicas àquelas urnas, bem como para fornecimento de equipamento similares, por não se enquadrar a situação em nenhuma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, o MP/TCU entende que, na essência, o presente questionamento ajusta-se à típica circunstância de consulta envolvendo caso concreto, escapando, portanto, à competência deste Tribunal.

Ante o exposto, o Ministério Público, *data máxima venia*, manifesta-se por que o TCU não conheça da presente consulta, com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443/92, tendo em vista versar sobre caso concreto. Contudo, em consideração ao alto cargo da ilustre autoridade consulente, poderá o Eg. TCU encaminhar-lhe cópia do Relatório, do Voto e da Decisão que vierem a ser estatuídos no presente processo."

É o Relatório.

VOTO

Ante a relevância da matéria — atualização e aquisição de Urnas Eletrônicas que serão utilizadas nas Eleições de 1998, examina-se nesta oportunidade *Consulta* endereçada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, com vistas a obter esclarecimentos desta Corte de Contas, sobre as seguintes questões, a saber:

"*1. É possível a contratação direta do licitante vencedor do certame anterior para que este proceda à incorporação das soluções tecnológicas necessárias ao equipamento que produziu?*

2. É possível a contratação direta do licitante vencedor do certame anterior para o fornecimento de equipamentos similares aos produzidos por ele anteriormente, só que com novas especificações de *hardware e software?*"

II

2. De acordo com a Lei nº 8.666/93, duas são as modalidades de contratação direta: dispensa (art. 24) e inegibilidade de licitação (art. 25).

3. Sobre o fator tempo, de especial importância no exame da espécie, vale observar

inicialmente que o prazo limite demonstrado à fl. 22, de até 31 de julho próximo para a publicação dos correspondentes editais para as aquisições dos bens e serviços indicados mediante licitação, não caracteriza situação de emergência.

4. Com ênfase nesse sentido, consignam os autos informações da Secretaria de Informática do TSE, e também a Assessoria Jurídica daquele Tribunal. Isto, porque os questionamento ora em apreço foram suscitados com suficiente antecedência junto ao Órgão de origem.

5. Devo ressaltar ainda que os pareceres da Unidade Técnica e do MP/TCU são uniformes, ao observarem que a situação em tela não se enquadra nas demais hipóteses taxativamente enumeradas nos incisos do citado art. 24.

6. A respeito da segunda modalidade de contratação direta instituída pela regra do mencionado art. 25 — inexigibilidade de licitação, a instrução do feito, a cargo da zelosa 3ª SECEX, opina favoravelmente. A Unidade de Instrução alerta entretanto que *para esse caso tem de ser comprovada a inviabilidade de competição e preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 26 do mesmo diploma legal.*

III

7. Por sua vez, o ministério Público junto ao Tribunal, diverge da proposição acima. Após exaustiva análise do tema, como transcrito no Relatório precedente, conclui no sentido de ser inadmissível a contratação direta da empresa responsável pela produção dos coletores eletrônicos de voto de 1996, para incorporação de soluções tecnológicas àquelas urnas, bem como para fornecimento de equipamentos similares, por não se enquadrar a situação em nenhuma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

8. Demonstra ainda que a presente solicitação, na essência, cuida de situação concreta, prevista no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443, segundo o qual a resposta à consulta examinada"... tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto."

Em face do exposto, com a devida vênia da Unidade Técnica competente, acompanho o parecer do Sr. Procurador-Geral em exercício, Dr. Jatir Batista da Cunha. Voto seja adotado a Decisão que ora submeto à deliberação deste E. Colegiado.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, 28 de maio de 1997.

IRAM SARAIVA, Ministro-Relator

Proc. TC-003.319/97-0
Consulta

PARECER

Cuidam os autos de *consulta* formulada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Superior Eleitoral — TSE, Ministro MARCO AURÉLIO, com o seguinte teor:

"1. É possível a contratação direta do licitante vencedor do certame anterior para que este proceda à incorporação das soluções tecnológicas necessárias ao equipamento que produziu?

2. É possível a contratação direta do licitante vencedor do certame anterior para o fornecimento de equipamentos Similares aos produzidos por ele anteriormente, só que com novas especificações de *hardware e software?"*

Pela honrosa deferência do eminente Ministro-Relator IRAM SARAIVA, mediante o v. Despacho de fl. 37, o Ministério Público é chamado a intervir nos autos.

A questão prática que se coloca diz respeito à viabilidade jurídica de o TSE contratar, sem licitação, a UNISYS, empresa de grande porte que desenvolveu o projeto de implantação das urnas eletrônicas utilizadas nas eleições de 1996 (UE96), para realizar os trabalhos de atualização dessas mesmas urnas e de produção de novas urnas eletrônicas, com vistas às eleições de 1998 (UE98).

De acordo com a Lei nº 8.666/93, duas são as modalidades de contratação direta: dispensa (art. 24) e inexigibilidade de licitação (art. 25).

Relativamente à dispensa de licitação, pode-se observar que a situação em tela não se enquadra nas hipóteses taxativamente enumeradas nos diversos incisos do mencionado art. 24.

Como assevera a Assessoria Jurídica daquele Tribunal (fl. 31 item 6):

"*Sequer seria cabível, a esta altura, cogitar-se da situação de emergência inscrita no inciso IV, uma vez que a Secretaria de Informática está a provocar a decisão administrativa com suficiente antecedência, o que afasta a urgência de atendimento que previne o comprometimento de bens e serviços, característica essencial da emergência, impondo-se, por isto mesmo, que a Administração decida em tempo de permitir, se for o caso, a realização de certame licitatório*".

Resta analisar a possibilidade de ser inexigível a licitação.

Observa-se que as aquisições em comento não se enquadram no rol exemplificativo, contido nos incisos I a III do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

De plano, descarta-se a exclusividade (inc. I), uma vez que o próprio documento elaborado pela Secretaria de Informática do TSE (fls. 08/28) evidencia a existência de uma pluralidade de empresas em condições de executar ambos os objetos.

Afasta-se, outrossim, a notória especialização (inc. II). Consoante voto do eminente Ministro-Relator IRAM SARAIVA, no TC-017.847/91-5 (Decisão nº 765/96, Ata nº 48/96 — Plenário), "*para caracterizar como regular um contrato de prestação de serviços com invocação da inexigibilidade de licitação por força de inviabilidade de competição resultante da situação prevista no inciso II do art. 25, é necessário a presença simultânea de três requisitos: a 'notória especialização' da empresa, a singularidade do serviço a ser prestado, e seu enquadramento na lista de serviços técnicos especializados constante do art. 13 da Lei*". Diante da ausência desses requisitos, não há que se falar em notória especialização.

Quanto ao inciso III — contratação de profissional do setor artístico — esta condição escapa completamente do presente debate.

Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm aceito que a licitação possa ser inexigível, com fundamento apenas no *caput* do art.25, desde que devidamente comprovada a inviabilidade de competição.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (*in: Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995), enumera, às fls. 282/286 da obra citada, uma série de casos em que a inexigibilidade de licitação é amparada somente no *caput* do referido art. 25.

Aliás, esta Corte de Contas já se manifestou sobre a matéria. Em Sessão de 28.07.93, Ata 31 do Plenário, Decisão 325/93, o Tribunal fez o seguinte esclarecimento ao INSS, *verbis*:

"*O enquadramento em situação de inexigibilidade de licitação, prevista no Estatuto de Licitações e Contratos — Lei nº 8.666/93, art. 25,* caput — *exige* inviabilidade de competição, *sendo que o caso especial previsto no inciso I do mesmo artigo só se configura se comprovado não apenas que determinado material, equipamento ou gênero só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo — vedada a preferência por marca — mas também que inexistem produtos similares capazes de atender às necessidades do serviço, devendo ambas as assertivas estarem devidamente comprovados nos autos*".

Examinam-se, então, outros argumentos trazidos aos autos.

No que tange ao "princípio da padronização", este foi refugado pela Assessoria Jurídica do TSE (fl. 33, item 19):

"*De ressaltar-se, ainda, o despropósito de chamar à colação o princípio da padronização. Este tem por premissa a adoção de solução técnica excludente de qualquer outra, por ser a única que atenda à necessidade do serviço e, pois, ao interesse público. No caso, o documento técnico da Secretaria de Informática deixa claro que os aperfeiçoamentos da UE/96 serão aqueles determinados pela própria Justiça Eleitoral, e, não, pelo mercado. E que as características técnicas da UE/98 poderão obedecer a padrões diferenciados desde que reservado o perfil básico*

cuja definição também é da alçada da Justiça Eleitoral".

Com relação à possibilidade de ocorrência de incompatibilidade técnica entre equipamentos, freqüente quando se cuida de equipamentos de informática, esta Corte de Contas já decidiu que é passível de licitação a aquisição de equipamentos de informática, tendo em vista a viabilidade de competição no mercado de computadores. No entanto, o Tribunal admitiu, como exceção, que, na impossibilidade de se adquirir, por meio de licitação, aparelhos de outras marcas que funcionem em expansão ou paralelamente aos já instalados, podem-se adquirir da mesma empresa equipamentos da mesma marca, com fundamento na enexigibilidade de licitação, devidamente justificada e com o aval da autoridade superior (Decisão nº 549/92, Ata nº 53/92 — Plenário).

No caso que ora se avalia, entende-se que não se pode aplicar tal exceção, posto que o documento técnico elaborado pela Secretaria de Informática do TSE, apesar de não as excluir, não afirma a existência de incompatibilidades absolutas (fl. 31, item 10).

Relativamente à segurança do sistema, essa questão foi pertinentemente examinada pela 3ª SECEX, no item 7 da instrução de fls. 38/42, *verbis:*

"*A responsabilidade pela segurança do sistema de voto é inerente à Justiça Eleitoral. Assim sendo, o fato de uma empresa tomar conhecimento das especificações iniciais do projeto não pode por em risco a segurança do pleito. É natural que empresas privadas conheçam o projeto, vez que os aparelhos não podem ser produzidos pela própria Justiça Eleitoral. Dessa forma, o fato de apenas a UNISYS já deter o conhecimento da produção dos coletores eletrônicos não representa garantia de segurança. Tal fator não pode ser a base da segurança".*

Em suma: o único ponto reconhecidamente favorável à contratação direta da UNISYS é a sua experiência adquirida no desenvolvimento e produção dos equipamentos utilizados nas eleições de 1986, bem como na logística adotada naquele pleito (fl. 28).

Ou seja: alega-se a necessidade de se contratar a mesma firma pelo simples fato de ser ela a contratada anterior para o mesmo serviço ou serviço similar.

Aceitando-se como plausível tal linha de justificativa, será forçoso admitir que a Administração, a cada novo contrato, ver-se-á obrigada a contratar a mesma firma, que deverá ser novamente contratada em uma avença futura, e assim por diante, podendo-se constituir uma cadeia quase inextricável, em detrimento da competição licitatória. Tal poderia culminar em inegável inversão de valores, que colocaria o Poder Público numa incômoda situação de dependência de um único particular, detentor de determinada tecnologia.

Nesse contexto, deve-se mencionar, por oportuno, trecho do voto do eminente Ministro-Relator PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA, ao relatar o TC-650.145/94-1 (Decisão nº 623/94, Ata nº 47/94 — Plenário):

"*Vale ressaltar que o Administrador deve procurar sempre a via licitatória, optando para sua dispensa tão-somente nos casos em que a inviabilidade de competição estiver perfeitamente caracterizada e claramente justificada".*

Deve-se salientar, por fim, que os pontos levantados pela Secretaria de Informática do ISE, em favor da UNISYS, já a colocam em posição privilegiada, frente à concorrência, em um processo licitatório, que, aliás, deve ser do tipo "técnica e preço", consoante estabelecem o § 3º do art. 45 da Lei nº 8.666/93 e o art. 1º do Decreto nº 1.070/94.

Sendo assim, o entendimento do Ministério Público é no sentido de ser inadmissível a contratação direta da empresa responsável pela produção dos coletores eletrônicos de voto de 1996 para incorporação de soluções tecnológicas àquelas urnas, bem como para fornecimento de equipamentos similares, por não se enquadrar a situação em nenhuma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, o MP/TCU entende que, na essência, o presente questionamento ajusta-se à típica circunstância de consulta envolvendo

caso concreto, escapando, portanto, à competência deste Tribunal.

Ante o exposto, o Ministério Público, *data maxima venia*, manifesta-se por que o TCU não conheça da presente consulta, com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443/92, tendo em vista versar sobre caso concreto. Contudo, em consideração ao alto cargo da ilustre autoridade consulente, poderá o Eg. TCU encaminhar-lhe cópia do Relatório, do Voto e da Decisão que vierem a ser estatuídos no pressente processo.

Procuradoria, em 21 de maio de 1997.

JATIR BATISTA DA CUNHA

Procurador-Geral em exercício

DECISÃO Nº 305/97 — TCU — PLENÁRIO

1. Processo nº TC 003.319/97-0

2. Classe de Assunto: III — Consulta formulada pelo Tribunal Superior Eleitoral — TSE. Possibilidade de contratação direta para aquisição e modernização de urnas eletrônicas. Caso concreto. Não conhecimento.

3. Órgão de Origem: Tribunal Superior Eleitoral — TSE

4. Interessado: Ministro-Presidente Marco Aurélio

5. Relator: Ministro IRAM SARAIVA

6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral em exercício, Dr. Jatir Batista da Cunha

7. Unidade Técnica: 3ª SECEX

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1 — não conhecer da presente Consulta, considerando tratar-se de caso concreto; e

8.2 — enviar cópia do inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório/Voto que a fundamentaram, ao Exmo. Sr. Ministro-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Dr. Marco Aurélio, ilustre signatário da presente Consulta.

9. *Ata nº 19/97 — Plenário*

10. Data da Sessão: 28/05/1997 — Ordinária

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Fernando Gonçalves, Carlos Átila Álvares da Silva, Paulo Affonso Martins de Oliveira, Iram Saraiva (Relator), Humberto Guimarães Souto e os Ministros-Substitutos José Antônio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha., IRAM SARAIVA

Ministro-Relator