

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO CHAMAMENTO PÚBLICO N.º 01/2020/MTI

Trata-se do Processo n.º 96735/2020, cujo objeto é o “*Planejamento da solução para Gestão de Consignações em Folha de Pagamento(Sistema de Consignações), incluindo serviços de implantação, automação de processos de negócio, sustentação da solução, manutenções evolutivas, integração com sistemas legados, migração de dados, treinamento, transferência de tecnologia, suporte e garantia das soluções supracitadas, sustentação de infraestrutura tecnológica e serviços de apoio operacional ao negócio*”, com fundamento no art. 23, §3º, inciso II da Lei 13.303, de 2016 e art. 1º do Regulamento de Licitações e Contratos da MTI.

Em atenção à **IMPUGNAÇÃO** apresentada pela empresa ZETRA referente ao Edital do Chamamento Público n.º **001/2020/MTI**, temos a informar o que segue:

1- RELATÓRIO DA IMPUGNAÇÃO

A Impugnante assevera acerca de suposta ilegalidade de promoção de um chamamento público para uma possível seleção de parceiro, da ausência de requisitos obrigatórios no edital - minuta de contrato, acordo de níveis de serviços, prazos e condições para entrega do objeto, bem como quanto a exigência de cumprimento a LGPD, exigência de atendimento presencial, da exigência de celebração de convênio com outros entes, da propriedade intelectual dos sistemas e produtos, do local da execução e do estado de calamidade pública nacional,

Sob estes argumentos, a Impugnante requer a suspensão do Chamamento Público n.º 001/2020, que o Edital seja adequado com os apontamentos acima, bem como que o presente Chamamento Público seja suspenso até a declaração do Governo Federal de fim do estado de calamidade pública.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente insta informar que esta Empresa Pública está regida pela Lei Federal n.º 13.303/2016 e seu Regulamento de Licitações e Contratos conforme explanado no Edital.

O Edital foi confeccionado com base em estudo técnico que definiu de maneira precisa o que realmente contempla o interesse público, sem olvidar os ditames legais. Portanto, a definição do objeto do procedimento escolhido para a inaplicabilidade de licitação prevista no art. 28, § 3º, inciso II da Lei 13.303, de 106 e as suas especificidades são eminentemente **discricionários**, competindo ao agente administrativo avaliar o que o interesse público demanda.

Cabe ressaltar que a MTI é uma empresa pública, que possui um plano estratégico e também busca novas áreas de atuação, novas tecnologias para se manter no mercado, e atenta a oportunidades de negócio que venha a atender as demandas de seu principal cliente que é o Estado de Mato Grosso e se torne novas fontes de receita.

Deste modo, é natural que, inclusive em tempos de crise, as empresas que atuem em qualquer área, principalmente tecnologia da informação e comunicação, precisem de estratégias para reorientar seus produtos e áreas de atuação, visando se manter saudável financeiramente e competitiva no mercado em que atua, buscando por fim sua sobrevivência e perenidade.

A fim de corroborar com o esclarecimento, pontua-se item a item questionado:

1. DA ILEGALIDADE DE PROMOÇÃO DE UM PROCESSO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PARA UMA POSSÍVEL SELEÇÃO DE PARCEIRO

No Parecer nº 921/SGAC/PGE/2020 emitido pela PGE, conforme sua competência instituída pela legislação, quando da análise da legalidade desse procedimento, em 15 de abril de 2020, com base nas manifestações do TCU, bem como do TCE/MT a respeito da aplicabilidade da nova lei deixou consignado que a Lei das Estatais buscou estabelecer meios mais flexíveis de contratação, vejamos:

Atendendo a anseios primeiros do próprio constituinte, dos quais se destaca o princípio da eficiência administrativa projetado para o estatuto jurídico das estatais, o legislador ordinário, pela Lei nº 13.303/16, buscou definir critérios de contratação mais flexíveis e menos burocráticos de licitações e contratações, em relação àqueles da Lei nº 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União – TCU, em iniciais análises das regras pertinentes às licitações e contratos das estatais face à novel legislação, assim dispôs:

Ainda sob a ótica do TCU, a observância da Lei 8.666/1993 seria a regra mesmo na área finalística das estatais exploradoras de atividade econômica, e só poderia ser afastada em situações nas quais fosse demonstrada a existência de óbices negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal, que impossibilitassem a realização de licitação. Ao revogar expressamente o art. 67 da Lei 9.478/1997, retirando do Decreto 2.745/1998, via de consequência, o seu pressuposto de validade jurídica, a Lei 13.303/2016 corrobora, em grande medida, o acerto das deliberações do TCU. No campo das licitações e contratos, a Lei das Estatais buscou consolidar, num único diploma legal, dispositivos da Lei 8.666/1993, da Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) e do RDC (Lei nº 12.462/2011), extraindo-se a essência dessas três normas. (TCU. Processo 55.967.389-2. Relator Ministro Vital do Rêgo Filho, DJ 13/07/2016)

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso – TCE/MT também já teve uma primeira oportunidade de se pronunciar quanto a essa flexibilização das contratações pelas estatais:

Em outras palavras, as empresas estatais devem seguir as regras de licitação previstas na Lei nº 13.303/16, exceto naqueles atos relacionados a sua atividade

produtiva ou comercial que estejam previstas em seus objetos sociais. (TCE/MT, Processo nº 32.926/2018)

Igualmente relevante se pontuar a doutrina do ministro do TCU, **Benjamim Zymler**, em “*Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais*”, segundo quem, nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 13.303/16, ganham força os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, pois, considerando a própria razão de ser das empresas estatais, é razoável que a sua atuação esteja sujeita a um regime de maior flexibilidade frente às normas estatutárias comuns.

Com estas observações se ressalta que embora a estatal goze desse novo regime de contratação com mais flexibilidade, por força dos valores e princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa (art. 170), o administrador público das estatais não deve se descuidar dos princípios basilares regentes da Administração Pública (art. 37) tanto direta quanto indireta, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e da probidade administrativa. E assim está contemplado no Regulamento de Licitações e Contratos da MTI:

*Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, **devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.***

*Art. 68. Os **contratos de que trata esta Lei** regulam-se pelas suas cláusulas, **pelo disposto nesta Lei** e pelos preceitos de direito privado.*

O parecer acima citado continua versando sobre o tema, fazendo importante observação:

Porquanto de natureza instrumental, mas em resguardo de princípios basilares da Administração Pública, os procedimentos de contratação a serem adotados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica devem ser compatíveis com as características da atividade por elas desenvolvidas.

Nessa sentido, para se tornarem competitivas, as estatais precisam efetivar soluções de contratação semelhantes às de qualquer outra empresa privada atuante no mesmo mercado, de modo a firmarem contratações vantajosas, em qualidade e preço, e eficientes, com agilidade e rapidez.

Manifestação maior dessa pedra de toque da competitividade é encontrada naquelas contratações diretamente ligadas às atividades empresariais descritas no objeto social da estatal, qualificadas por doutrina e jurisprudência, comumente, como “atividades-fim”.

Para tanto, imprescindível se franquearem processos de contratação mais flexíveis, menos rigorosos para as estatais, visando evitar a produção de resultados indesejáveis e até mesmo a obstrução ao natural funcionamento da empresa, fatores usualmente atribuídos à aplicação do regime da Lei nº 8.666/93.

O Parecer ressalta que o Regulamento das Estatais, inobstante aparente adotar sistemática similar à da Lei Geral de Licitações e Contratos, revela profunda alteração inovadora, na medida em que acresce ao Direito Administrativo nova espécie de contratação direta, ao, diferenciando-se das conhecidas dispensa e inexigibilidade, prevê a “*não observância*” das regras licitatórias, sob características distintas daquelas.

Segundo a doutrina de Marçal Justen Filho¹, ante essa destoante característica, tem-se nova hipótese de contratação direta, permissiva do afastamento não somente da fase externa, competitiva da licitação, mas também das exigências burocráticas atinentes à fase interna dos processos de contratação, quando pertinente.

Como dito, a distinção teórica entre o terceiro e novo tipo de contratação direta na Administração Pública – a que se chamaria “*não observância*” ou “*inaplicabilidade*” da licitação – jaz refletida na dimensão normativa, porquanto não se faria “*necessário o procedimento reservado para a dispensa e a inexigibilidade*”, a traduzir a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar, a minúcias, as características do caso concreto.

É bom dizer, no entanto, que, mesmo quando afaste a incidência das regras licitatórias relacionadas às fases interna ou externa da licitação, a estatal, ente da Administração Pública indireta, também submetida aos preceitos de direito público, estará impelida a estabelecer procedimentos de tomada de decisão, controle e transparência.

Como bem destacam Ronny Charles L. de Torres e Dawison Barcelos², tal permissivo legal de celebração de parceria comercial em exceção à observância integral das regras licitatórias não detém o condão de afastar a incidência do regime jurídico de Direito Público, de matiz constitucional originária, e sopesamentos com o Direito Privado arquitetados de modo geral e abstrato pelo próprio legislador ordinários, quando da edição da Lei nº 13.303/2016.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, organizador. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

² TORRES, Ronny Charles L. de. BARCELOS, Dawison. Licitações e Contratos nas Empresas Estatais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Princípios e regras públicas dos quais se destaca o interesse público regente da existência mesma e da atuação da estatal, que, ao lado da impessoalidade e da moralidade, exigem que mecanismos de controles prévios e póstumos evitem e corrijam eventuais abusos de gestores públicos na formação de parcerias que atendam os interesses particulares da parceira apenas e/ou dos gestores públicos e, assim, atentem contra os interesses da estatal. Sobre essa inovação legal, considerações do TCE/MT, exarada na Resolução de Consulta nº 2/2019, Tribunal Pleno, no âmbito do Processo nº 32.926-6/2018, por provocação da própria MTI, quanto à interpretação e à aplicação do art. 28, § 3º, da Lei 13.303/2016:

20. Quanto às referidas ressalvas, a Lei 13.303/16 inovou ao atualizar os limites para dispensa de licitação em razão do valor (artigo 29, I e II) e, no que concerne a esta Consulta, a Lei permitiu contratações diretas, sem necessidade de licitar, desde que relacionadas com os respectivos objetos sociais das empresas estatais (artigo 28, § 3º, I e II).

21. Tal ressalva se justifica para não prejudicar o exercício da capacidade competitiva das empresas estatais, uma vez que não concorrem em regime de equiparação com empresas privadas e, assim, não devem possuir privilégios nem desvantagens no exercício de atividade econômica.

22. Se assim não fosse, o procedimento burocrático e moroso da licitação comprometeria o dinamismo necessário ao regime de mercado.

É nesse contexto que, *no presente caso*, o chamamento público visa a escolha de parceiro de negócios, oportunizando a competição para definir a melhor proposta comercial, com base na pluralidade, prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei nº 13.303/16.

Na esteira do art. 40 da Lei nº 13.303/16, que determina às estatais a edição de regulamentos próprios de licitações e contratos, vem o já mencionado RLC/MTI, com alterações convalidadas pela Resolução nº 004, de 22/03/2019, do Conselho de Administração da MTI (DOE de 05/04/2019), que também prevê a possibilidade de contratação aqui abordada:

Art. 5º Podem ser realizadas contratações diretas nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstas neste Regulamento.

Art. 6º A MTI fica dispensada da observância dos dispositivos do Capítulo I do Título II da Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, nas seguintes situações:

I. comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de serviços, produtos ou obras especificamente relacionados com seu objeto social;

II. nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§1º Consideram-se oportunidades de negócio, a que se refere o inciso II do caput, a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a

alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente;

§ 2º Os procedimentos para firmar parceria estratégica, a que se refere o inciso II do caput, no âmbito da MTI deverão ser estabelecidos em procedimento interno específico, aprovado pela Diretoria Executiva.

Como se vê, a lei federal, assim como, o RLC/MTI, regulamentaram a possibilidade da contratação “direta”, sendo inaplicável a licitação na hipótese do art. 28, § 3º, II, da Lei nº 13.303/16 e art. 6º, II, do RLC/MTI.

O RLC/MTI prevê, ainda, nos arts. 7º e seguintes, que nos casos de parcerias estratégicas, associadas à oportunidade de negócios, a escolha do parceiro poderá se dar através de procedimento de chamamento público ou divulgação pública.

O chamamento público está previsto para os "casos complexos, onde fica evidente a pluralidade de parceiros e a dificuldade de definição de parceria específica ou quando estrategicamente para a MTI seja oportuna a competição (...) a fim de definir a melhor proposta comercial para a empresa" (art. 7º, § 2º).

Art. 7º A contratação direta a que se refere o inciso II do Art. 6º deverá ser precedida de divulgação pública ou de chamamento público.

§ 1º A MTI deverá realizar, como regra, divulgação pública sobre o objeto da parceria que dará devida publicidade, salvo decisão fundamentada e estratégica.

§ 2º Em casos complexos, onde fica evidente a pluralidade de parceiros e a dificuldade de definição de parceria específica ou quando estrategicamente para a MTI seja oportuna a competição deverá ser realizado chamamento público sobre o objeto da parceria a fim de definir a melhor proposta comercial para a empresa.

§ 3º O processo de divulgação pública ou chamamento público poderá ser dispensado, por recomendação da Diretoria Executiva da MTI e por decisão do seu Conselho de Administração, nos casos em que, em razão de aspectos concorrenciais, a oportunidade de negócio e o seu melhor resultado dependa do sigilo das negociações ou outra justificativa pertinente.

O procedimento para a formalização de parcerias estratégicas veio com a Instrução Normativa nº 002-2019-MTI, que dispõe:

Art. 8º O processo de parceria estratégica deve conter comprovação objetiva da adoção das cautelas cabíveis, como fases de:

I - preparação: documentação da oportunidade de negócio esperada e definição dos critérios de escolha: indicadores operacionais e financeiros;
II - aderência ao planejamento estratégico e plano de negócios: Alinhamento Empresarial;
III - divulgação da oportunidade aos potenciais parceiros: conteúdo mínimo do negócio a ser explorado, com o devido sigilo das informações estratégicas;
IV - manifestação de interesse: apresentação dos indicadores operacionais, financeiros e singularidades para concretização da parceria;
V - negociação: caso haja possibilidade de melhoria nos termos apresentados;
VI - finalização pela área competente;
VI - pareceres - jurídico, contábil, tributário e finanças;
VII - conformidade;
VIII - aprovação na estrutura de governança: Diretoria Executiva, Conselho de Administração, Conselho Fiscal, com base nos pareceres e notas técnicas.

Não bastasse isso, destaca-se ainda o Informativo de Licitações e Contratos nº 358, em que o TCU definiu alguns requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, alargando, ainda mais, as condicionantes, até então, previstas pela norma legal. São eles:

- a) *avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;*
- b) *configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;*
- c) *demonstração da vantagem comercial para a estatal;*
- d) *comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado (engloba o requisito legal de que a escolha do parceiro deve estar associada a suas características particulares, entretanto, exige a demonstração da superioridade em relação às empresas do mercado, sendo importante demonstrar comparativamente a vantagem do parceiro, de preferência, após certo critério competitivo, como já anteriormente apontado); e*
- e) *demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementaridade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.*

Já é possível observar a legalidade do processo, respaldada por parecer jurídico da PGE, após realizar profunda fundamentação legal, amparado pelos órgãos de controle (TCU e

TCE/MT) e doutrinas jurídicas, fundamentada na regulamentação desta empresa que foi apoiada na Lei 13.303/2016.

Continuando o embasamento técnico e legal, mesmo quando afastada da incidência das regras licitatórias relacionadas às fases interna ou externa da licitação, a estatal, ente da Administração Pública indireta, atingida por preceitos de direito público e privado, estará impelida a estabelecer procedimentos de controle e transparência. Portanto, o fato de não ser aplicável a regra da licitação ao “instituto” de que trata o art. 28, § 3º, I, da Lei das Estatais, não significa dizer que a sua celebração não precise observar o princípio da impessoalidade.

Nas hipóteses em que houver dois ou mais possíveis interessados na celebração da parceria, esta deverá instaurar procedimento administrativo, com critérios objetivos para seleção da empresa, salvo situações excepcionais devidamente justificadas. Assim, evitam-se escolhas arbitrárias, motivadas por situações subjetivas, que favoreça determinada empresa em detrimento de outras possíveis interessadas.

O chamamento público é um procedimento administrativo que, à semelhança da licitação, busca selecionar, de forma isonômica, um particular interessado em firmar alguma avença com a Administração Pública. É instrumento familiar à formação de convênios e congêneres entre a Administração e o terceiro setor, tendo sido positivado na Lei nº 13.019/14, de Organização da Sociedade Civil.

O TCU, no Acórdão 2033/2017, Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, noticiado no Informativo de Licitações e Contratos nº 331/2017, analisou denúncia sobre possíveis irregularidades no procedimento de chamamento público eleito pela Telebrás, para contratação direta de empresa fornecedora de insumos necessários ao atendimento dos usuários finais dos serviços de telecomunicações da estatal federal, com fundamento jurídico no mesmo art. 28, § 3º, I, da Lei 13.303/2016. Concluiu pela adequação do manejo do instrumento jurídico do chamamento público para tanto:

Embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. Denúncia formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), relacionadas à minuta do Edital de Chamamento Público 1/2017, que visa selecionar empresa para comercializar a capacidade satelital em banda Ka do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC). Os denunciantes alegaram que a versão preliminar do edital não continha estimativa de preço, em afronta ao disposto no art. 7º, § 2º, da Lei 8.666/1993, que condiciona o procedimento licitatório à existência de “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários”. A seguir, argumentaram que a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações

Públicas, exige a divulgação do preço mínimo quando for adotado o critério de julgamento com base na maior oferta. Ademais, defenderam que a comercialização do SGDC não configuraria um produto ou serviço relacionado com os objetos sociais da Telebrás, razão por que a comercialização da infraestrutura de telecomunicações não se enquadraria na exceção contida no art. 28, § 3º, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Em seu voto, o relator assinalou que, ao contrário do que fora sustentado pelos denunciantes, nem a Lei 8.666/1993 nem a Lei 12.462/2011 serviram de base para o referido chamamento público. O procedimento fora adotado com respaldo no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, segundo o qual as empresas estatais estão dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais. E ao prover a infraestrutura de telecomunicação, a Telebrás estaria a atuar diretamente no domínio econômico, conforme preceitua o art. 173 da Constituição Federal, exercendo atividades finalísticas que lhe cabem por força de seu estatuto. Nesse sentido, o procedimento de chamamento público sob comento não configuraria um procedimento licitatório. Na verdade, trata-se de um “mecanismo elaborado pela empresa com o fito de, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, conferir lisura e transparência ao processo, não se vinculando à Lei Geral de Licitações nem a qualquer outro diploma semelhante”. E arrematou: “embora realizando atividade finalística própria de seu objeto social, a Telebrás não detém uma discricionariedade irrestrita para escolher quem quiser, mesmo sendo dispensável a licitação. Ao contrário, deve ser realizado um processo competitivo isonômico, impessoal e transparente, com observância dos princípios constitucionais”. Em conformidade com esse entendimento, teria então a Telebrás decidido realizar um chamamento público, precedido por uma audiência pública, com o objetivo de “expor à sociedade os mecanismos adotados para selecionar parceiros para atender aos usuários finais dos serviços de telecomunicações”. Por derradeiro, o relator esclareceu que, no exercício de suas competências discricionárias e visando obter o maior valor possível pela cessão temporária do direito de uso de capacidade satelital, a Diretoria da Telebrás e o Conselho de Administração da empresa determinaram o estabelecimento de um preço de reserva, chamado na denúncia de preço mínimo, valor que será mantido em sigilo até o momento em que for declarado o vencedor do certame, com o intuito de dificultar possíveis combinações de preços entre os participantes do chamamento público. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar improcedente a denúncia. (Acórdão 2033/2017 Plenário, Denúncia, Relator Ministro Benjamin Zymler). (Grifou-se)

Desse modo, o administrador das estatais deve se atentar que, embora goze desse novo regime de contratação mais flexível, por força dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, deve, por outro lado, manter observância aos princípios basilares constitucionais e

administrativos desde sempre regentes da Administração Pública direta e indireta, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa.

A orientação da Procuradoria foi clara no seu parecer, qual seja:

“Dessa forma, resta claro que a MTI deve observar, nessas hipóteses, procedimentos de seleção que respeitem os princípios que regem a atuação da Administração Pública.

A MTI informa nos autos que no presente caso, a demanda teve origem através de determinação do Governador, por meio da tarefa no sistema GAT, solicitando que a estatal (MTI) apresentasse soluções para atender a demanda do Sistema de consignação na folha de pagamento dos servidores do Estado de Mato Grosso (fls. 03).

Após a MTI oferecer três propostas para solução da demanda apresentada, teria sido escolhida a realização de um chamamento público para seleção de parceiro, com vistas a promover a gestão da consignação da folha de pagamento.

Concluiu-se, portanto, ser oportuna a competição, devendo ser realizado o procedimento de chamamento público, consoante § 2º, do art. 7º, do RLC/MTI.

Uma vez definido o procedimento em adequação à norma, o regulamento da MTI prevê, ainda, a necessária observância dos seguintes requisitos mínimos para o chamamento público de oportunidade do negócio:

Art. 8º O chamamento público de oportunidade de negócios deve, no mínimo, observar o seguinte:

I - elaboração de edital com os critérios para a seleção do(s) parceiro(s), que podem considerar, entre outros aspectos, proposta econômico-financeira, plano de investimentos, custos de investimento e de operação, plano de comercialização ou de posicionamento no mercado, metas, metodologia, qualificação técnica e econômico-financeira dos proponentes, sustentabilidade ambiental, desenvolvimento regional e aderência ao programa de conformidade da MTI;

II - aprovação do edital pela Unidade Jurídica e autorização pela autoridade competente;

III - publicação do resumo do edital no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso e, facultativamente, ainda em portal específico da MTI na internet e das informações não sigilosas do modelo de negócios no sítio eletrônico oficial da MTI, conferindo-se o prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias para a apresentação das propostas;

IV - avaliação das propostas por equipe da empresa previamente definida;

V - publicação da avaliação das propostas no sítio eletrônico oficial da MTI, conferindo-se o prazo de 5 (cinco) dias úteis para recurso e o prazo de 5 (cinco) dias úteis para contrarrazões;

VI - pareceres da área demandante e do (a) pregoeiro/comissão de licitação/Unidade Jurídica sobre recursos e contrarrazões;

VII - decisão definitiva sobre a avaliação das propostas e seleção dos parceiros pela autoridade competente.

Art. 9º A divulgação pública de oportunidade de negócios deve, no mínimo, observar o seguinte:

I - publicação do resumo do objeto da parceria no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso e, facultativamente, ainda em portal específico da MTI na internet, conferindo-se o prazo de, no mínimo, 10 (dez) dias úteis para publicidade;

II - avaliação das manifestações por equipe da empresa previamente definida;

III - decisão definitiva sobre a avaliação das manifestações pela autoridade competente.

Art. 10 O processo de parceria estratégica observará, no mínimo, as etapas de identificação e registro do parceiro estratégico, de elaboração do modelo de negócio de análise de viabilidade e conformidade, de aprovações internas, de assinatura da parceria e de publicação do extrato do contrato.

§ 1º O Conselho de Administração poderá publicar Resolução de Delegação de Competência disciplinando os critérios de alçada da Diretoria Executiva para aprovação e formação de parcerias estratégicas.

§ 2º A MTI irá normatizar o procedimento detalhado da parceria estratégica por meio de procedimento interno específico, aprovado pela Diretoria Executiva, devendo ser respeitado as diretrizes delimitadas neste Regulamento.

Considerando o normativo procedimental do RLC/MTI sobre as parcerias estratégicas, entende-se adequada a utilização do procedimento seletivo do chamamento público previamente à escolha do parceiro para firmar parceria estratégica por meio da inaplicabilidade de licitação, em resguardo dos princípios da Administração Pública a que a MTI deve respeito.

Aplica-se o art. 8º do RLC/MTI, que cuida do chamamento público para as contratações de parcerias estratégicas, e a Instrução Normativa Nº 002/2019/MTI.

Com o chamamento público, todos aqueles que estiverem aptos poderão participar da seleção para escolha do melhor parceiro, que culminará nos procedimentos para celebração da parceria, em observância aos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública.

Especificamente na fase preparatória, a Estatal **deve, também, observar os requisitos exigidos pelo art. 3º do Decreto Estadual nº 840/2017,** no que couber, haja vista que tal legislação permanece aplicável a MTI, conforme se depreende do seu próprio Regulamento de Licitações e Contratos. Sendo assim, dentre os requisitos exigidos, destaca-se a necessidade de juntada dos seguintes documentos: **publicação da portaria de designação da comissão de avaliação e, autorização para a abertura do presente procedimento pela autoridade competente.**”

2. DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE REQUISITOS OBRIGATÓRIOS NO EDITAL - MINUTA DE CONTRATO

No que tange a alegação de que o Edital descumpriu requisitos legais frente a ausência da Minuta do Contrato, cabe esclarecer, mais uma vez, que o procedimento de Chamamento Público para escolha de eventual parceiro se distingue dos demais contratos advindos de uma licitação.

Como dito linhas acima, a pretensa parceria está subsidiada na previsão constante no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei das Estatais, onde trata da não aplicação dos procedimentos de licitação, especificamente da inaplicabilidade de licitação, logo não serão aplicados ao presente caso as diretrizes constante no art. 32 da Lei de Licitações, mormente com relação à minuta de contrato.

Conforme perpetrado pela doutrina de Marçal Justen Filho³, ante essa destoante característica, tem-se nova hipótese de “contratação direta”, permissiva do afastamento não somente da fase externa, competitiva da licitação, mas também das exigências burocráticas atinentes à fase interna dos processos de contratação, quando pertinente.

Cabe esclarecer que o objetivo é selecionar um parceiro estratégico, com base nos critérios específicos e já estipulados, para modelagem de negócio na entrega de serviços objeto do edital, e somente então assinar o contrato de parceria.

O contrato de parceria será reflexo da relação estabelecida durante a elaboração do modelo de negócio, por isso é desnecessária uma minuta na presente fase.

A seleção do parceiro, pelo chamamento público, não implica em compromisso de se firmar a parceria estratégica concretamente, pois o almejado parceiro participará de todas as etapas do processo de celebração de parceria da MTI, inclusive as aprovações e modelagem de negócio, no entanto, pode não haver consenso nas cláusulas que serão estabelecidas de entrega do serviço que implique na não formalização da parceria, pois a MTI sempre zelará pela melhor alternativa para seus parceiros.

O modelo de negócio é ato anterior ao contrato de parceria, e precisa seguir os

³ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, organizador. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

trâmites já instituídos na MTI.

A figura abaixo ilustra o processo de parceria, que se iniciará depois da seleção do parceiro, que no caso é o próprio chamamento:

Processo de Parceria



Desta forma, verifica-se não há possibilidade de disponibilização inicial de uma minuta de um possível contrato de parceria, posto que inicialmente é necessária a modelação conjuntamente com a empresa selecionada, discutir a possibilidade de atendimento, às situações pontuais, tudo com respeito ao princípio da legalidade.

Necessário informar que a MTI realiza desde 2018 um amplo estudo sobre as oportunidades desta lei, e sua aplicação no Brasil, seguindo as instruções dos órgãos de controle do Estado de Mato Grosso, motivo pelo qual foi estabelecido um processo fixado a partir das previsões constante no RLC/MTI e na Instrução Normativa, de fácil acesso no site da MTI.

Este processo foi construído para garantir transparência, robustez e ser completamente desinteressado com várias esferas de decisão para garantir que os valores e princípios previstos para administração pública, venham a ser garantidos e respeitados. E tal controle vai ao encontro o que preconiza o grande jurista Marçal Justen Filho⁴:

“É indispensável que a redução do formalismo e a flexibilização dos procedimentos de contratação das estatais sejam compensados por mecanismos de controle igualmente adequados e satisfatórios.”

Oportuno destacar o que preconiza a Instrução Normativa nº 002/2019/MTI:

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, organizador. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Art. 2º A formação de parceiras descrita no Art. 6º, inciso II do Regulamento Licitações e Contratos da MTI e do Art. 28, § 3º, inciso II da Lei nº 13.303/2016 ficará condicionada ao atendimento concomitante dos seguintes requisitos:

I - a definição e especificação da oportunidade de negócio a ser atendida pela futura parceria, por meio de documentação comprobatória;

II - demonstração das características específicas e diferenciadas do potencial parceiro e da vinculação dessas características à oportunidade de negócio; e

III - justificativa e comprovação de inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 1º Existindo uma pluralidade de sujeitos em situação equivalente, se for necessário apenas um parceiro, caberá realizar a escolha com fundamento em avaliação discricionária e justificada.

§ 2º Em outros casos, a MTI poderá dirigir convite a particulares determinados, que tenham sido identificados em virtude de critérios apropriados (tal como desempenho anterior e reputação no mercado).

§ 3º Em certas situações, a MTI caberá estabelecer relacionamento com um específico e determinado sujeito, reputado como detentor das condições mais satisfatórias para executar a prestação pretendida em virtude de atributos diferenciados, mediante documentos comprobatórios.

Art. 3º A escolha do parceiro deve estar associada a suas características particulares, como por exemplo:

Para uma formalização de parceria, precisa-se definir uma oportunidade de negócios, ou seja o inciso I, do art. 2º da IN. Neste caso é um produto voltado a gestão de consignados, que foi deliberado como meta estratégica pelo Conselho de Administração da MTI.

Ato contínuo, necessário justificar o porquê daquele parceiro específico, com a finalidade de comprovar a inviabilidade do procedimento competitivo. Este é o ponto mais crítico, porque a inviabilidade do procedimento competitivo não significa ausência de concorrência, **mas que precisamos selecionar nosso parceiro, com critérios objetivos, e esse é o objeto da seleção** portanto restrito apenas e tão somente a primeira fase do processo de parceria estabelecido pela MTI, qual seja, a seleção do parceiro.

Portanto, a escolha do parceiro objetiva a criação conjunta de um produto voltado a gestão de consignados, para abranger os serviços que serão prestados conjuntamente, tal como o objeto deste chamamento. Assim, o modelo de negócio a ser definido em fase posterior com o potencial parceiro deste Edital definirá o produto-serviço final da parceria.

Após a homologação do resultado com a escolha do parceiro, ato contínuo serão assinados um Acordo de Intenção de Parceria e um Termo de Sigilo entre o parceiro selecionado e a MTI, e a partir daí iniciaremos o processo de construção de um modelo de negócio que visará a celebração de parceria, que poderá se concretizar ou não.

O processo de parceria, após escolha do parceiro, é outra etapa que envolve a modelagem do negócio da “Gestão de Consignados” que será feita a quatro mãos, ou seja, por todos os envolvidos, inclusive com aprovação do resultado final da Diretoria da MTI e do Conselho de Administração, e ainda, análise jurídica pela assessoria jurídica em conjunto com a Procuradoria Geral do Estado de MT, para só então, assinar o contrato de parceria.

Neste ponto é importante frisar que ao final do processo, se for viável e se concretizar a assinatura do contrato com a disponibilização do novo produto no portfólio da MTI, nada garante que este produto será contratado nem mesmo pelo nosso principal cliente.

É um risco inerente a qualquer empresa que atue em qualquer mercado, de eventualmente não conseguir vender seu produto.

Assim, nesse momento é inoportuno apresentar a minuta do contrato simplesmente pelo fato de que tais informações serão conhecidas no desenvolver do modelo de negócio (após chamamento público).

3. DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE REQUISITOS OBRIGATÓRIO NO EDITAL - ACORDO DE NÍVEIS DE SERVIÇO

No Anexo II, página 34, informa que os atendimentos aos clientes da parceria devem respeitar **ACORDOS DE NÍVEIS DE SERVIÇO (ANS) PRÉ-DEFINIDOS EM CONJUNTO EM POSTERIOR MODELAGEM DE NEGÓCIO**. O respeito aos ANSs serão o principal termômetro para mensurar a qualidade de manutenção do produto. Desta forma, não poderá ser um documento engessado e pré estabelecido pela MTI, ele deverá ser desenvolvido em conjunto com o Interessado selecionado por este Chamamento Público, em respeito às particularidades do serviço desenvolvido conforme o Modelo de Negócio, inclusive para permitir que executemos realmente uma **PARCERIA DE NEGÓCIO**, onde a opinião de ambas as empresas contratantes são levadas em consideração.

4. DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE REQUISITOS OBRIGATÓRIOS NO EDITAL - PRAZOS E CONDIÇÕES DE ENTREGA DO OBJETO

O Anexo II, fornece os insumos para que em fase posterior seja desenvolvida a modelagem de negócio com a empresa selecionada, onde após a apuração do interessado selecionado, a MTI juntamente com o potencial parceiro continuará com o processo de formalização da parceria, oportunidade que será elaborado um modelo de negócios que irá detalhar o modelo comercial, especificação técnica da solução, planilha de custos detalhada, SLA's e os riscos.

Sendo assim, o transcorrer do processo, que envolve efetivamente a modelagem de negócio entre a MTI e o parceiro selecionado, os diversos níveis de aprovação, incluindo documentações legais, serão realizadas em um segundo momento.

Com a finalização da modelagem de negócio, o documento será analisado e aprovado pela Diretoria da MTI e também pelo Conselho de Administração, com posterior validação jurídica pela assessoria jurídica em conjunto com a Procuradoria Geral do Estado, para só então assinar o contrato.

Inclusive na fase de modelagem de negócio pode ocorrer um desacordo comercial, ou se chegar a algum impedimento que não torne o negócio viável. Desse modo, se restar ausente o consenso entre a MTI e o parceiro selecionado, haverá impossibilidade de celebrar o contrato de parceria.

Ademais, quanto ao prazo inicial de duração da parceria cabe informar que o art 71 da Lei 13.303/2016 prevê que:

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

Portanto, o caso será analisado com base na lei somado aos critérios estipulados no capítulo “REGRAS COMERCIAIS” do modelo de negócios, em fase posterior do processo de parceria, e depois ratificado no contrato de parceria.

Logo, a vigência da parceria dependerá do prazo acordado pelos parceiros para a execução do objeto da parceria, observados os limites legais acima citados.

Percebe-se certa confusão desta impugnação quanto aos tipos de contratos da Lei 8.666, de 1993 com as disposições novas da Lei 13.303, de 2016 em questão, sendo que o contrato de parceria é um contrato do tipo empresarial/comercial, firmado ao fim do processo de celebração de parceria, e outra figura que seria o contrato de prestação de serviços aos possíveis clientes, esses sim, regidos pelas Lei nº 8.666 ou nº 13.303 dependendo de quem for o contratante. Este segundo tipo que terá o estabelecimento dos prazos e condições de entrega, só que não do objeto deste chamamento, mas sim do produto/serviço gerado pela possível parceria da MTI com o vencedor deste certame, definidos no modelo de negócio construído em fase posterior, conforme já detalhado anteriormente neste documentos.

5. DA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA LGPD

A Lei nº 13.709/2018[1], é a legislação brasileira que regula as atividades de tratamento de dados pessoais e que também altera os art. 7º e o art. 16 do Marco Civil da Internet. A LGPD cria um conjunto de novos conceitos jurídicos (e.g. "dados pessoais", "dados pessoais sensíveis"), estabelece as condições nas quais os dados pessoais podem ser tratados, define um conjunto de direitos para os titulares dos dados, gera obrigações específicas para os controladores dos dados e cria uma série de procedimentos e normas para que haja maior cuidado com o tratamento de dados pessoais e compartilhamento com terceiros

Foi publicada no DOU de 30 de abril, a MP 959/20, que prorroga a entrada em vigor da LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados para o dia 3 de maio de 2021. Esta é a segunda prorrogação da norma que originalmente estava programada para o início de 2020 e depois para agosto deste ano.

Apesar dessa prorrogação, é imperioso para a MTI se preocupe em seus produtos e novos negócios com a aplicabilidade e as consequências que essa lei traz aos seus produtos ou

serviços, por isso, está manifestamente expresso neste edital, pois o ideal é que um novo produto que venha a ser gerado pela MTI seja contemplando com os aspectos trazidos pela nova lei.

Acataremos o pedido para que o item receba uma retificação nos termos sugeridos, “A empresa deverá apresentar, neste chamamento, plano de adequação do sistema e de seus módulos à LGPD para cumprimento até o momento da exigibilidade da eficácia da referida Lei”

6. DA EXIGÊNCIA DE ATENDIMENTO PRESENCIAL

É um pleito de um possível e importante cliente que é o Governo do Estado, para ser melhor atendido por um empresa que presta serviços na área de Gestão de Consignados, é necessário que disponibilize uma equipe técnica mínima para atendimento local. Tão importante que foi ressaltado no edital para que o proponente possa levar isso em consideração.

Será melhor detalhado este item em uma retificação, informando que trata-se de equipe técnica de sustentação das soluções tecnológicas, que poderão ficar alocadas na estrutura física da MTI.

7. DA EXIGÊNCIA DE CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM OUTROS ENTES

Constou registrado no edital impugnado, que caso futuramente o contrato de parceria seja celebrado, e posterior contratação do serviços pelo Governo do Estado, o possível parceiro esteja ciente sobre tal necessidade específica para o Mato Grosso, que é um possível parceiro que a MTI conhece as diretrizes.

Cumprir observar que tal convênio será discutido após a elaboração do Modelo de Negócios, e de igual forma, irá ser respeitado todos os princípios que regem a administração pública.

O Desenvolve MT, é uma empresa do Governo do Estado, que atua na área de fomento, e tem interesse de viabilizar o produto de Cartão de Crédito utilizando a margem consignável com diferenciais no mercado. Os termos e obrigações serão ainda negociados entre o Desenvolve MT e o parceiro da MTI a quatro mãos. Será necessário a celebração deste Termo, apenas **caso o produto desenvolvido pela futura e eventual parceria seja contratado pelo Governo do Estado de Mato Grosso.**

8. DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS SISTEMAS E PRODUTOS

A propriedade intelectual e todos seus direitos referentes ao software de gestão de consignados pertence ao proponente, e assim permanecerá mesmo caso se finde uma possível parceria, o edital se refere apenas a **novos ativos gerados na prestação direta dos serviços aos futuros clientes**, como dados gerados, que deverão ser dos clientes, com a MTI como fiel depositário, documentos ou artefatos de especificação de requisitos, modelo de processos, novos códigos ou módulos desenvolvidos pela MTI, ou a pedido da MTI no âmbito da parceria ou na execução dos

serviços. **Conforme cita o item 11.1.2.:**

“A INTERESSADA e os profissionais alocados na execução dos serviços transferem à MTI, de forma incondicional, todos os direitos referentes à propriedade intelectual sobre os documentos produzidos no âmbito do contrato, inclusive para fins de registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI.”

9. DO LOCAL DA EXECUÇÃO

O item 7.6 do edital, vem apenas frisar que a Infra da MTI será o local onde as aplicações e bancos de dados serão instanciados prioritariamente, podendo no momento da modelagem de negócio, as equipes técnicas definirem um mecanismo de replicação que venha a garantir alta disponibilidade.

O acordo de nível de serviço também será definido no modelo de negócio entre as partes conforme já explicado nas questões anteriores a este documento. Se a empresa perceber isso como um impeditivo para participar do certame, lhe cabe não realizar uma proposta, visto que uma parceria de negócios, pressupõe a conveniência para ambos os parceiros, conforme critérios técnicos e comerciais, que cabem a cada instituição estabelecer de forma discricionária. Isto posto, é uma condição para a MTI que a sua infraestrutura de TI seja utilizada como site principal de operação da solução.

10. DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA NACIONAL

O principal cuidado referente ao momento que o país vem enfrentando a crise sanitária sem precedentes na história recente, juntamente com o agravamento da crise econômica, pode ser percebido para garantir a ampla concorrência e os princípios basilares da administração pública, é que o certame está sendo realizado de forma totalmente eletrônica, o que garante ampla participação e segurança a todos que queiram participar. Outro ponto, é que a Presidência da MTI junto com a Comissão Especial acolheu os requerimentos e determinou a prorrogação do prazo para entregas das propostas por mais 15 dias úteis, sendo a ampliação publicada no DOE/MT na data de 07 de maio de 2020.

Ademais, o Decreto Estadual nº 413/2020 que dispõe sobre as medidas de enfrentamento ao COVID-19 previu a continuidade dos processos licitatórios, logo, podemos utilizar por analogia o dito artigo que assim dispõe:

Art. 11 As obras e as aquisições governamentais em andamento não sofrerão interrupções ou suspensões em decorrência das medidas adotadas neste decreto, devendo o início de sua execução ser previamente autorizada pelo Gabinete de Situação.

Desta forma, como já explicado neste documento o viés comercial que é o objetivo desta parceria, e demonstrando que a efetivação de uma parceria em nada tem a ver com um processo de aquisição tradicional ou pregão eletrônico previsto na Lei nº 8.666/1993, somado ao apelo das

autoridade federais pela continuidade das atividades, com adoção das práticas de prevenção indicadas pelo Ministério da Saúde, para manutenção da economia, não há que se falar em suspensão do procedimento.

III - CONCLUSÃO

Por fim, no que tange aos pleito da Impugnante, concluímos quanto aos pedidos que:

1. Que seja SUSPENSO o Chamamento Público para Seleção de Possível Parceiro no 001/2020/MTI para julgamento desse Pedido de Impugnação;

Julgar improcedente o pedido de impugnação por vício na origem, conforme fundamento trazido no item 1 deste documento.

2. Que seja deferido o Pedido de Impugnação do certame para adequações do Edital em todos os itens citados na presente Impugnação:

Serão acolhidos os referidos pedidos de alterações no edital, quanto aos itens II.5 e II.6 da Impugnação apresentada.

Desta forma, acatamos o pedido para que o item II.5 receba uma retificação nos seguintes termos, “que as empresas interessadas comprovem que estejam se adaptando para cumprimento da Lei.”

E quanto ao item II.6, quanto a exigência de atendimento presencial, acatamos o pedido para que seja melhor detalhado através de retificação, informando que trata-se de equipe técnica de sustentação das soluções tecnológicas, que poderão ficar alocadas na estrutura física da MTI.

Logo, quanto aos outros pedidos, os mesmos restam improcedentes conforme elucidações constantes neste documento.

3. Que o Edital seja SUSPENSO até a declaração do governo federal de fim de estado de calamidade pública;

Pedido negado, julgado improcedente.

Cuiabá, 11 de maio de 2020.

Comissão Especial:

Presidente:

Alci de Oliveira Junior: _____

Membros:

Paulo Márcio Pinheiro Macedo: _____

Sayuri Arake Joazeiro: _____



Ana Paula Fischer Cavalcante de Mattos: _____

Fabiola Colino Bispo Santos: _____

Apoio jurídico da Comissão Especial: _____