

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Possibilidade de contratação direta de empresa privada, com inobservância dos procedimentos de licitação e dos casos de dispensa e inexigibilidade. Possibilidade jurídica e recomendações necessárias, baseada na oportunidade de negócio prevista no art. 28, § 3º, inciso II e § 4º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

I- RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada a esta Assessoria Jurídica, através do Protocolo **SIGED Nº 01.05.016503.002138/2023-11**, nos termos do parágrafo único do art. 9º do RILC – Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PRODAM, na qual se requer análise jurídica da legalidade da contratação direta, a ser celebrada entre a – sociedade de economia mista – **PRODAM – PROCESSAMENTO DE DADOS AMAZONAS S/A** e a – sociedade empresária – **POSITIVO TECNOLOGIA S/A**, com inobservância dos procedimentos de licitação e dos casos de dispensa e inexigibilidade, nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada às suas características particulares, vinculadas a oportunidades de negócio definidas e específicas, com previsão no art. 28, § 3º, inciso II e § 4º da **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.**

2. Instruem os presentes autos, dentre outros, os seguintes documentos:

- a. Estudo Técnico Preliminar para Contratação;
- b. Autorização da Autoridade Superior;
- c. Parecer Financeiro;
- d. Habilitação Jurídica;
- e. Regularidade Fiscal;
- f. Termo de Referência;
- g. Qualificação Técnica – Carta do Fabricante NUTANIX;
- h. Justificativa de Técnica – Preços, Escolha do Fornecedor, Caracterização da situação emergencial;
- i. Outros documentos necessários acostados aos autos.

3. É o que há de mais relevante para relatar.

II- ANÁLISE JURÍDICA

4. Preliminarmente, cumpre salientar que a presente manifestação é um opinativo jurídico, não vinculante, que toma por base, exclusivamente, os elementos que

constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe, os quais incumbem esta assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico.

5. Compulsando os autos, quanto à justificativa para a contratação, depreende-se:

- a. A PRODAM busca o melhor desempenho do interesse público que justificou sua criação, com a prestação de serviço de interesse coletivo aliada à exploração de atividade econômica, através da utilização de recursos próprios.
- b. A PRODAM possui demanda reprimida de clientes, em que se estima a necessidade de incremento de nossos recursos computacionais, principalmente às associadas a atividade fim, cujo índice de acesso é altíssimo. Demonstra-se como essencial para administração pública que os usuários consigam acessar seus serviços e demais consultas em tempo satisfatório, com segurança e continuidade.
- c. A Gerência de Serviços e Infraestrutura (GESIN) realizou estudo técnico com o objetivo de buscar soluções que permitam alcançar o melhor desempenho das aplicações que atualmente são executadas no ambiente computacional da PRODAM. Computamos, ainda, reserva técnica que permita a aquisição e implantação de novos sistemas para atender demandas futuras do Governo do Amazonas, no que diz respeito à capacidade de armazenar, disponibilizar, e gerenciar um grande volume de informações preservando a segurança, agilidade de comunicação e um aumento na produtividade de seus processos de negócios.
- d. O escopo do projeto visa otimizar e expandir a capacidade de processamento de dados dos servidores que hospedam os sistemas informatizados voltados à implementação das políticas públicas de TIC do Governo do Estado do Amazonas.
- e. Desta forma, é de extrema necessidade a aquisição de expansão para a tecnologia já utilizada pela PRODAM, o que aumentará a disponibilidade dos sistemas com tecnologias modernas, mantendo a facilidade de administração de toda a infraestrutura que suporte as aplicações e serviços hospedados e mantidos pela

GESIN, além de continuar permitindo a escalabilidade horizontal para garantia de crescimento linear em capacidade e desempenho.

- f. Com este serviço, a PRODAM tem por objetivo oferecer toda a condição necessária para que cada ponto de acesso à rede corporativa do estado tenha os requisitos necessários para uma melhor efetividade na prestação do serviço público.
- g. **É importante destacar que os mais diversos serviços executados pela PRODAM estão intrinsecamente vinculados à TIC. Embora muitas vezes a tecnologia tenha seu papel invisível de garantir o bom funcionamento dos serviços através de aplicações específicas, é missão da PRODAM o provimento de soluções em Tecnologia da Informação e Comunicação, com excelência e inovação, atendendo ao poder público e à iniciativa privada, as quais trazem conforto e comodidade para os usuários finais contribuindo para o bem-estar e qualidade de vida da sociedade.**
- h. Alinhados à visão estratégica da empresa de ser reconhecida como a melhor opção de provedor de serviços digitais para a gestão pública e à iniciativa privada no estado do Amazonas, e ser autossustentável a PRODAM pretende com essa aquisição garantir cada vez mais uma experiência singular de acesso aos nossos portais e aplicações, bem como fomentar uma infraestrutura reformulada para as equipes de sustentação além de prover uma modernização do tráfego de dados para as entidades dependentes de seus serviços.
- i. Por trás das diferentes camadas de dados lapidados que a empresa disponibiliza, existem diversos sistemas, servidores, bases de dados e aplicações de comunicação que garantem a praticidade no acesso à informação. Uma infraestrutura orientada às aplicações da empresa, consegue facilitar a transparência e a imutabilidade da informação, fazendo com que o serviço público esteja cada vez mais adequado a métrica de custo-benefício em contratações.
- j. O Contrato a ser celebrado, por si só, se desenvolve sob preceitos de direito privado, atuando a PRODAM em regime concorrencial com outras empresas do mesmo segmento de atividade econômica.
- k. A escolha do parceiro associada às suas características particulares e vinculadas as oportunidades de negócio, possibilitando uma maior escalabilidade tecnológica de recursos de Software e

Hardware, propiciando o aumento do acesso às Políticas Públicas de Tecnologia da Informação e Comunicação do Governo do Estado do Amazonas, tanto na capital como no interior.

- l. A prospecção ativa de conseguir e manter clientes se traduz em vantagem na exploração econômica, considerando novas áreas comerciais de vendas na capital e municípios.
- m. A possibilidade de ampliação da capacidade do *DataCenter*, incrementará os recursos excedentes de hardware, possibilitando, a longo prazo, a adição de novos clientes, com maior qualidade e disponibilidade na prestação dos serviços e melhoria no Acordo do Nível de Serviço.
- n. Quanto à vinculação do ato administrativo, o Contrato encontra-se submetido às disposições do § 3º e § 4º do art. 28 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei de Responsabilidade das Estatais) e aos preceitos de direito privado.
- o. Quanto à análise formal dos atos praticados, consta prévia aprovação do competente plano de trabalho, incluídas as seguintes informações:
 - I. identificação do objeto a ser executado;
 - II. metas a serem atingidas;
 - III. etapas ou fases de execução;
 - IV. plano de aplicação dos recursos financeiros.
- p. O resultado esperado pela administração, com demonstração de que o objetivo do Contrato atende aos interesses institucionais da PRODAM.

6. Nestes termos, observa-se a adequação do objeto pretendido às necessidades da PRODAM, entretanto, para consecução do seu objetivo, deve-se observância à **orientação do TCU, ínsita no Informativo de Licitações e Contratos, nº 358**, onde se definiu certos requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016. São eles:

a. Avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas:

Pela PRODAM, conforme Estatuto Social:



Art. 7º. A PRODAM tem por objeto social:

- I. tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet (CNAE 6311-9/00);
- II. desenvolvimento de programas de computador sob encomenda (CNAE 6201-5/00);
- III. provedores de acesso às redes de comunicações (CNAE 6190-6/01);
- IV. provedores de voz sobre protocolo internet – voip (CNAE 6190-6/02);

Pela POSITIVO TECNOLOGIA S.A, conforme CNAE:

46.51-6-01 - Comércio atacadista de equipamentos de informática

O comércio atacadista de equipamentos de informática compreende, preponderantemente, a venda de computadores (micro, mini, tablets e laptops) juntamente com seus periféricos (impressora, scanner, drivers, disco rígido, leitores, monitor, teclado, memória flash etc) - apenas componentes eletrônicos dos PCs não são considerados aqui. A venda de aplicativos não-customizáveis (softwares), com destaque para os sistemas operacionais, também se inclui nesta categoria. Interessante notar que o serviço de assessoria em informática também encontra espaço aqui. Os usuários predominantes são empresas, repartições e órgãos do governo, instituições diversas e outros estabelecimentos comerciais para revenda.

b. Configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do § 4º do art. 28 da Lei de Responsabilidade das Estatais, nº 13.303/2016:

Para o caso em tela, verificado na análise técnica realizada pela área de negócios da PRODAM, demonstrada no documento de Estudos Técnicos Preliminares (ETP), onde restou configurada como hipótese de seleção a contratação de terceiro vinculado a “oportunidades de negócio” definidas e específicas, com utilização de recursos próprios, **isenção de impostos como benefícios para empresas localizadas no Polo Industrial de Manaus (PIM), com o consequente desconto no preço final**, viabilizando a implementação da solução, traduzindo-se, por fim, na realização do melhor Interesse Público.

Ademais, com a contratação da solução, a PRODAM espera obter, além de vantagem competitiva no mercado, lucratividade com o aumento na capacidade de fornecimento de serviços de TIC para o mercado local.

Nesse passo, se identificou a empresa POSITIVO TECNOLOGIA S.A. como melhor parceiro, tornando, desta forma, o procedimento de licitação ou casos de dispensa e inexigibilidade, inútil ou prejudicial aos interesses da PRODAM.

c. Demonstração da vantagem comercial para a estatal:

A ProdAm obtém seus recursos financeiros principalmente através da prestação de serviços de Processamento de Dados e Comunicações, sendo o *DataCenter* que é o recurso mais importante, onde é gerada a maior fatia do faturamento da empresa. Diante do demonstrado no Termo de Referência, a contratação em pauta trará grandes benefícios comerciais para a ProdAm, e destacamos:

- a. Atualização de toda a infraestrutura existente, com a modernização de todos os componentes;
- b. Maior eficiência operacional, aumento da produtividade dos serviços e aplicações da PRODAM através de uma infraestrutura mais robusta e confiável;
- c. Escalabilidade da solução para atendimento de eventuais necessidades de crescimento de serviços;
- d. Mitigar interrupção dos serviços;
- e. Incremento da alta disponibilidade e da acessibilidade;
- f. Incremento das camadas de segurança do hardware e do software previstos na contratação;
- g. A proteção da informação com técnicas de alta disponibilidade e redundância, com o cumprimento de níveis de serviço que garantirão a qualidade da gestão contratual.

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:

Considerando todos os aspectos técnicos, conforme análise da área técnica competente, é importante destacar que a ProdAm já possui, em seu parque computacional, solução de infraestrutura hiperconvergente definida por software para ambientes de virtualização (NUTANIX), que foram adquiridos para subsidiar o projeto de rehosting do Mainframe para a Plataforma Baixa e Início da Migração de Parte dos recursos com o objetivo de Modernização conforme planejamento estratégico, saindo do modelo de 03 camadas que aumentam a complexidade em 5 pilares (compra, implementação, gerenciamento, escalabilidade, suporte e treinamento), consolidando assim a infraestrutura da ProdAm em Tecnologia de Hiperconvergência, sendo imprescindível que a solução objeto deste termo tenha total compatibilidade com a solução já adquirida pela PRODAM, visando assim dar andamento ao processo de expansão do Data Center.

Importante destacar que a empresa POSITIVO TECNOLOGIA S/A é fabricante autorizada no Brasil dos produtos da NUTANIX, e que, por ser empresa do Polo Industrial de Manaus está isentando a PRODAM do pagamento do ICMS, IPI e COFINS, o que possibilita que a empresa ofereça valores mais vantajosos do que preços de mercado para os mesmos produtos.

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 complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes:

Do que se verificou nos autos, restou constatado, que dentre as empresas que atuam no segmento de hardware de alto desempenho, e que sejam capazes de atender às necessidades da Prodram, apenas a empresa POSITIVO TECNOLOGIA S/A pode proporcionar os benefícios oferecidos para empresas do Polo Industrial de Manaus para os produtos que compõem a solução, o que se traduz no menor preço para a Prodram.

Desse modo, estando a solução apresentada em conformidade com as necessidades buscadas pela PRODAM, e sendo a única que proporcionaria a utilização dos descontos oferecidos para empresa do Polo Industrial de Manaus, caracterizou-se a inviabilidade de realização de procedimento de licitação ou contratação direta, cabendo à administração, tão somente a decisão pela contratação com fulcro na oportunidade de negócio prevista no art. 28, § 3º, inciso II e § 4º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

7. Compulsando os autos administrativos, verifica-se a necessidade de elaboração da Minuta de Contrato, caso se verifique obrigações futuras alheias à garantia do produto, fazendo constar os requisitos mínimos do art. 69 e segs. da Lei nº 13303,2016.

8. Para o caso em comento, entendemos que o Contrato a ser firmado entre a PRODAM e a POSITIVO TECNOLOGIA S.A., se desenvolve sob o aspecto legal nas relações comerciais do segmento privado, pelo qual destacamos:

- a. O capital empregado no *upgrade* da infraestrutura de *hardware* e *software* do *DataCenter* da Prodram é oriundo de recursos próprios;
- b. Observância ao permissivo constitucional da exploração de atividade econômica para aferição de lucros pela PRODAM, decorrente de sua equiparação às empresas privadas, no que se refere a escolha de parceiro, associada as suas características particulares, vinculadas a oportunidades de negócio definidas e específicas, prevista no art. 28, § 3º, inciso II e § 4º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016;

- c. Trata-se de ato de gestão da Administração, sem ônus para o Governo do Estado ou para os acionistas da PRODAM;
- d. Negócio viabilizado através das regras de empresas da Zona Franca de Manaus, com desconto e isenção de impostos.

9. Destaca-se, os benefícios esperados são:

- a. Upgrade na capacidade de processamento de dados do *DataCenter* da Prodam;
- b. Maior capacidade de atendimento aos atuais clientes da Prodam;
- c. Maior velocidade na execução dos serviços;
- d. Capacidade de oferecer novos serviços e atendimento a novos clientes;
- e. Aumento do Faturamento e da Capacidade de Investimento.

10. Recomendamos, caso necessário, estrita atenção aos termos do Contrato, no que tange a prazos, designação de técnicos competentes para o acompanhamento das etapas do projeto, evitar controvérsias e a incidência de descumprimento das obrigações pactuadas, manter a alta Administração sempre informada do andamento do projeto através dos relatórios circunstanciados de acompanhamento dos serviços, e outros meios que se fizerem necessários ao perfeito cumprimento do interesse público, e, mais, adotar todas as providências necessárias ao perfeito cumprimento do objeto pactuado.

III- CONCLUSÃO

11. Relativamente aos requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016, considerando as manifestações constantes nos autos, entendemos que ela reúne todos os elementos essenciais exigidos pela legislação aplicável à espécie, razão pela qual entendemos pela inexistência de óbice na celebração do ajuste, desde que observadas as recomendações delineadas no presente opinativo.

12. É o parecer que submetemos à consideração superior.

Manaus, 01 de setembro de 2023.

Erlon Benjó
Assessor Jurídico
OAB/AM 4.043