



PARECER JURÍDICO n° 026/2023

Processo Licitação n° 02/2023.

Pregão Presencial n° 01/2023.

Interessado: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Análise jurídica da aquisição de telefones celulares.

Ementa: DIRETO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE JURÍDICA DE PROCESSO LICITATÓRIO, NA MODALIDADE PREGÃO, PARA AQUISIÇÃO DE APARELHOS CELULARES DO TIPO SMARTPHONE.

1. Recomendação para reavaliação da necessidade e existência de interesse público na contratação, considerando que há precedente desfavorável do TCE/SP sobre caso semelhante (TC-000983/026/15). Caso a Administração conclua pela necessidade e existência de interesse público e decida pelo prosseguimento do certame, é recomendado que se aprimore as justificativas melhor descrevendo os problemas (demandas), bem como a contratação a solucionar, isto sob o enfoque do interesse público e dos serviços prestados à população pela Câmara Municipal.
2. É recomendado que a justificativa seja realizada a partir de Estudo Técnico Preliminar.
3. Fica recomendado esclarecer nos autos ainda que os celulares futuramente adquiridos serão incorporados ao patrimônio da Câmara Municipal (patrimônio público).
4. Necessidade de justificativa para as quantidades em decorrência do que prevê o art. 7º, §4º, da Lei federal nº 8.666/93.
5. Necessidade de adequações pontuais na minuta de edital e de contrato postas ao final do parecer jurídico.
6. Sugestão para que, após a aquisição, seja exigida dos usuários dos aparelhos celulares a assinatura de termo de uso e responsabilidade para utilização destes.

RELATÓRIO

Trata-se de processo licitatório na modalidade Pregão, que tem por objeto a aquisição de 21 (vinte e um) aparelhos celulares do tipo *Smartphone*, com valor estimado total de R\$ 67.878,93 (sessenta e sete mil, oitocentos e setenta e oito reais e noventa e três centavos).

Os presentes autos foram enviados para análise jurídica na data de 02/02/2023, por meio da tramitação do *Siscam*.

Os autos vieram instruídos dos seguintes documentos:

1. Documento n° 1;
 - 1.1. Ofício Presidente – Pedido de Aparelho Celular;

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

- 1.2. Ofício Presidente 22_2023 – Galaxy S20 FE – Ficha Técnica – Canaltech;
- 1.3. Ofício Presidente 22_2023 – Samsung S21 FE – Ficha Técnica – Canaltech;
- 1.4. Descrição_técnica_modelos_celulares_solicitados;
- 1.5. Ofício 22_2023 – retificação para o mesmo modelo S21;
- 1.6. Solicitação 15 – Aparelho celular.
2. Documento nº 2;
 - 2.1. Orçamento _ Magazine Luiza 21FE;
 - 2.2. Orçamento Fast Shop – Samsung Galaxy S21 FE;
 - 2.3. Orçamento – JP camara municipal de são roque – JP Eletronicos e Telefonia;
 - 2.4. Média de Preço 15 – Aparelho Celular;
 - 2.5. Quadro Cotações 15 – Aparelho Celular.
3. Documento nº 3;
 - 3.1. Autorização Presidente.
4. Documento nº 4;
 - 4.1. Preço – Governo Federal RelacaoItens92608905000032022000;
 - 4.2. Preço – Iphone mpdf;
 - 4.3. Comparativo – Samsung Galaxy S21 FE vs Asus Zenfone 9 vs Motorola Moto G200 – TudoCelular.com;
 - 4.4. Comparativo – Samsung Galaxy S21 FE vs Asus Zenfone 9 vs Motorola Moto G200 – TudoCelular.com;
5. Documento nº 5;
 - 5.1. Ofício Contabilidade;
6. Documento nº 6;
 - 6.1. Nota de Reserva Orçamentária nº 3 – Licitação Celulares;
7. Documento nº 7;
 - 7.1. Portaria nº 12 – Assinada;
8. Documento nº 8;
 - 8.1. Certificado de Pregoeiro – Mauracy;

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

9. Documento nº 9;

9.1. Modelo – Aparelho Celular Smartphone;

10. Documento nº 10;

10.1. Ofício Informática;

10.2. Esclarecimento – Renato;

11. Documento nº 11;

11.1. Alteração de Edital Gerência de Tecnologia – Sino Workflow –
Câmara Municipal de São Roque;

11.2. Minuta de Edital alterada Gerência de Tecnologia -
_aparelho_celular_smartphone4knflq05;

11.3. Miinuta_edital____aparelho_celular_smartphone;

12. Documento nº 12.

12.1. Ofício Parecer Jurídico.

É o relatório, passo a opinar.

I - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados, mediante o exame prévio dos textos das minutas dos editais e seus anexos (artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

Importante enfatizar, que o exame dos autos processuais se restringe, por óbvio, aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, administrativa e/ou econômica. Em relação a estes, partirei da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos¹.

¹ Conforme Enunciado nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, que aqui se adota como referência de boa prática: “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Por fim, é necessário salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, uma vez que a lei obriga o exame e aprovação das minutas de edital e contratos, mas não determina nem significa que sejam vinculantes, obrigatórias as eventuais recomendações jurídicas, porque o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 não o diz.

A manifestação jurídica é instituída em prol da segurança da própria autoridade assessorada, a quem incumbe, dentro das margens de gestão e discricionariedade, avaliar e acatar ou não tais ponderações de forma justificada.

O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração, sendo recomendado que eventual decisão de não acatamento das recomendações e sugestões apresentadas seja formalmente justificada, por aplicação subsidiária do artigo 50, VII e § 1º da Lei federal nº 9.784/99².

II - ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

a) Justificativa da contratação

Toda aquisição pública deve envolver interesse público, ainda que secundário. A contratação realizada sem finalidade fundada em interesse público é incompatível com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e configura despesa imprópria³.

A justificativa da contratação foi realizada no próprio termo de referência da licitação, por meio do qual o setor competente motivou a necessidade da seguinte forma:

conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”

² Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

³ “As despesas impróprias ressentem-se de interesse público; a imensa parte dos contribuintes, se pudessem, vetaria o uso de dinheiro público na aquisição de certos bens e serviços” (TCE-SP. **Manual de Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais**. Exercício 2022. São Paulo, 2022, p. 30-31). <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Gest%C3%A3o%20Financeira%20de%20Prefeituras%20e%20C%C3%A2maras%20Municipais.pdf>. Acesso em: 03/02/2023.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

“Pode-se justificar esta compra, sendo a aquisição necessária pois os aparelhos utilizados pelos senhores vereadores e alguns servidores, que desempenham as atividades com uso do celular servindo de apoio, como os motoristas desta Câmara, e em departamentos administrativo e apoio legislativo, quando necessitam efetuar comunicação com o público externo, servidores e vereadores, já que o uso do aparelho celular se tornou um meio rápido e eficiente de comunicação, uma vez que oferece aplicativos de mensagens instantâneas - por exemplo o WhatsApp, já estão com tecnologia defasada e alguns apresentando defeitos pontuais que demanda manutenções frequentes.

Os novos equipamentos são indispensáveis ao cumprimento das atividades institucionais da Câmara e, também, necessário para interação com o público externo e interno nas atividades legislativas e administrativas”.

Assim, o Setor técnico justifica o interesse público da aquisição na necessidade de comunicação com o público externo, motivando a compra na necessidade para o bom cumprimento das atividades institucionais da Câmara Municipal, havendo, portanto, descrição de interesse público secundário.

Alerto, todavia, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já rejeitou Contas de Câmara Municipal de Caraguatatuba em razão, dentre outros motivos, justamente pela aquisição desarrazoada de telefones celulares:

“No que se refere à **Aquisição de aparelhos celulares e Planos de telefonia móvel**, a compra de 51 novos aparelhos³ durante o exercício de 2015 é desarrazoada, diante da natureza presencial das atividades do Legislativo e do total de servidores (54) e vereadores (13) que atuam nessa Edilidade.

O apontamento feito pela Fiscalização, indicando a existência de modelos similares àqueles adquiridos, por preços consideravelmente inferiores (fls. 272/273 do Anexo II), torna a despesa ainda mais descabida, sem que reste comprovado pelo Responsável o respaldo no interesse público.

Ademais, os esclarecimentos ofertados pela defesa não afastaram os óbices constatados, uma vez que as informações sobre a tecnologia adotada e as poucas opções de aparelhos compatíveis com o plano adquirido, desacompanhadas de outros elementos concretos e documentos embasando o teor das afirmativas, não são suficientes para comprovar a boa ordem desses dispêndios. Restou, assim, evidenciada a total falta de controle nos gastos da Câmara, a exigir imediatas providências por parte da edilidade no sentido de apurar responsabilidades, com vista, inclusive, a oportuno ressarcimento aos cofres públicos”⁴.

Em Recurso Ordinário, o Pleno manteve a decisão:

“Também resta mantida a irregularidade da aquisição de aparelhos celulares e planos de telefonia móvel, resultando na soma de 51 novos aparelhos em 2015 (11 aparelhos celulares no valor de R\$ 12.100,00 e 40 aparelhos com plano no valor de R\$ 39.690,00). As razões recursais, assim como as justificativas de 1º grau, calcadas na indicação de que celulares são uma importante fonte de comunicação não apresentam a imprescindível

⁴ TCE-SP, TC-000983/026/15, Sessão: 19/03/2019, p. 8-9. Disponível em: https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/708321.pdf. Acesso em: 03/02/2023.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

demonstração objetiva da necessidade de inúmeras linhas de celulares, em desatendimento à transparência, à razoabilidade e à economicidade”⁵.

Em outro caso, a Corte advertiu a aquisição de celulares do Sistema IOS, mas não reprovou as Contas:

“Atinente à qualidade das despesas, conquanto não macule a totalidade das contas, não vislumbrei o efetivo atendimento ao interesse público na compra dos celulares de modelo e marca específicos, de custo notoriamente mais elevado que a média do mercado. **Advirto severamente** a Câmara Municipal de Guaratinguetá para que observe, com rigor, o princípio da economicidade em suas aquisições, evitando a reincidência e a reprovação de contas futuras”⁶.

Considerando que se trata de assunto administrativo, não podendo o parecerista realizar manifestação conclusiva (Enunciado BPC nº 7 AGU⁷), apenas **recomendo a reavaliação da real necessidade e interesse público envolvidos na contratação, considerando que existe caso de outra Câmara Municipal em que o TCE/SP rejeitou as contas, dentre outros motivos, em razão da aquisição de aparelhos celulares** (TC-000983/026/15).

Caso a Administração conclua pela sua desnecessidade ou ausência de interesse público na aquisição, não deve prosseguir na contratação.

Caso a Administração conclua pela necessidade e existência de interesse público e decida por prosseguir no certame, **fica recomendado que a Administração aprimore a justificativa, pormenorizando a necessidade da aquisição**, ficando recomendado que **deixe claro nos autos que as aquisições são para uso exclusivamente em razão da função pública e os celulares integrarão o patrimônio da Câmara Municipal (patrimônio público). O ideal é que a justificativa da demanda e da solução do problema seja realizada por meio de Estudo Técnico Preliminar** conforme subtópico a seguir.

⁵ TCE-SP, TC-000983/026/15, Sessão: 20/10/2021, p. 5-6. Disponível em: https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/847460.pdf. Acesso em: 03/02/2023.

⁶ TCE-SP, TC-004940.989.16-3, Sessão: 01/07/20. https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/776448.pdf. Acesso em: 03/02/2023.

⁷ “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”.



Finalmente, sugiro que os usuários assinem termo de uso e de responsabilidade, deixando-os cientes de que a utilização do celular deverá ser realizada em razão do serviço público e o aparelho telefônico é patrimônio público, sendo necessários os cuidados e responsabilidades inerentes a esta condição, e que o aparelho deverá ser devolvido em caso de extinção do vínculo com a Câmara Municipal⁸.

a.1) Da recomendação para que a justificativa e solução seja fundamentada em Estudo Técnico Preliminar

O planejamento no ramo das contratações públicas é essencial. Isto porque a Administração Pública é responsável pelo erário e por satisfazer o interesse público. A melhor forma de alcançar estas finalidades com máxima eficiência e economicidade é identificando as alternativas possíveis para atender um determinado problema ou demanda e escolhendo aquela mais vantajosa para o Poder Público.

No setor de sistemas de informação, o planejamento é ainda mais importante considerando os seguintes aspectos: “1) a contratação agregue valor ao órgão; 2) os riscos envolvidos sejam gerenciados; 3) a contratação esteja alinhada com os planejamentos do órgão governante superior ao qual o órgão esteja vinculado, do órgão e de TI do órgão; 4) e os recursos envolvidos sejam bem utilizados, não só os recursos financeiros, mas também os recursos humanos”⁹.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, interpretando o art. 6º, inciso IX, da Lei federal nº 8.666/93, entende pela necessidade de elaboração de estudo técnico preliminar como condição prévia para a contratação de soluções de tecnologia da informação.

⁸ Em sentido semelhante já dispõe a Portaria nº 10/2017: “Art. 5º O usuário se responsabilizará pela perda e danos causados ao aparelho, cabendo ao Gestor fornecer outro aparelho da mesma marca e modelo ou com características similares, sendo que o ônus do ressarcimento ao erário poderá ser descontado na folha de pagamento em até 10 (dez) parcelas, mensais e consecutivas”. “Art. 6º Os aparelhos telefônicos celulares serão devolvidos ao Gestor quando danificados, bem como, imediatamente, na hipótese de licença ou desligamento do Vereador ou Servidor junto à Câmara, ou, ainda, na troca por um aparelho novo”. Disponível em: <https://saoroque.siscam.com.br/arquivo?Id=92977>. Acesso em: 08 fev. 2023.

⁹ TCU. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação**. Brasília: TCU, 2012, p. 21.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

O *Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação* do TCU elenca os seguintes elementos componentes de um estudo técnico preliminar: a) necessidade da contratação; b) alinhamento entre a contratação e os planos do órgão governante superior, do órgão e de TI do órgão; c) requisitos da contratação; d) relação entre a demanda prevista e a quantidade de cada item; e) Levantamento de mercado; f) justificativas da escolha do tipo de solução a contratar; g) Estimativas preliminares dos preços; h) descrição da solução de TI como um todo; i) Justificativas para o parcelamento ou não da solução; j) resultados pretendidos; k) Providências para a adequação do ambiente do órgão; l) análise de risco; m) declaração da viabilidade ou não da contratação¹⁰.

Dentre as várias questões que podem ser tratadas no Estudo Técnico Preliminar, está a “justificativa da escolha do tipo de solução a contratar”, definido como “demonstração de que o tipo de solução escolhido pela equipe de planejamento da contratação, com base no levantamento de mercado, é o que mais se aproxima dos requisitos definidos e que mais promove a competição, levando-se em conta os aspectos de economicidade, eficácia, eficiência e padronização, bem como práticas de mercado. O tipo de solução reflete a abordagem escolhida pelo órgão para resolver o problema de negócio enfrentado”.

Deste modo, o Estudo Técnico Preliminar é o instrumento de planejamento adequado que permite, dentre outros aspectos, descrever o problema (necessidade da contratação), o levantamento das possíveis soluções e a justificativa da escolha realizada ponderando dentre as soluções possíveis indicadas. O Estudo Técnico Preliminar normalmente é elaborado conjuntamente por servidores da área demandante e da área técnica (art. 6º da IN SEGES 40/2020).

O Estudo técnico preliminar, inclusive, será *obrigatório* na vigência da Lei federal nº 14.133/21 para o planejamento das Licitações (art. 18 da Lei federal nº 14.133/21).

Neste sentido, **fica recomendado que a justificativa da necessidade de contratação seja realizada por meio de estudo técnico preliminar seguindo as**

¹⁰ TCU, 2012, p. 56.



melhores práticas federais e também as diretrizes da Lei federal nº 14.133/21, que a partir de 1º de abril serão obrigatórias.

Registro, por derradeiro, que o ENAP oferece curso *online* de capacitação para a confecção de estudos técnicos preliminares para soluções de informática¹¹.

b) Especificação do objeto

A Administração, a fim de fixar especificações que atendam a mais de uma marca e modelo, realizou alteração com base em pesquisa no *site Tudocelular.com*. Conforme esclarecimento do Setor de Gerência e Manutenção (*e-mail* anexo ao Documento nº 10), o item “Resistente à Água” foi removido para que outras marcas e modelos possam ser contempladas na descrição, tais como *Motorola Edge, Motorola MotoG200, Samsung A73, Samsung A53 e Asus Zenfone 9*.

Assim, na “Justificativa de Compra /Preço/Modelo” (Anexo ao Documento nº 4), o setor competente justificou que as descrições do modelo referencial escolhido contemplam outras marcas e modelos:

“Por fim, a fim de justificar o modelo escolhido na pesquisa de preço e buscando ampliar a competitividade, foi feita pesquisa em site de domínio amplo <https://www.tudocelular.com/compare/6990-7989-7423.html>, a fim de se ter um comparativo com outras marcas e assim encontrando similaridade em diversos itens, sendo possível demonstrar que o modelo referencial escolhido pode ser ofertado por outros fabricantes, demonstrando que existem outros aparelhos similar em qualidade e especificações técnicas e não há característica específica que restrinja a competição dos futuros licitantes”.

A jurisprudência dos Tribunais de Contas tem permitido a indicação de marcas como parâmetro de qualidade:

“A indicação de marca deve se limitar aos casos em que justificativas técnicas, devidamente fundamentadas e formalizadas, demonstrem que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração, ressalvando que a indicação de marca é permitida como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida por expressões do tipo ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ ou ‘ou de melhor qualidade’ (TCU, Acórdão 1427/2007-Plenário, Sessão: 25/07/2007, rel. Benjamin Zymler).

“A vedação à indicação de marca (artigos 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que

¹¹ ENAP. Estudo Técnico Preliminar Avançado para Contratação de Soluções de TIC. Disponível em: <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/410/>. Acesso em: 09 fev. 2023.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (artigos 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993) admite a realização de licitação de objeto sem similaridade, nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada” (TCU, Acórdão 2829/2015-Plenário, Sessão: 04/11/2015, rel. Bruno Dantas).

“Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar", "ou de melhor qualidade", podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada” (TCU; Acórdão 808/2019-Plenário, Sessão: 10/04/2019, rel. Walton Alencar Rodrigues; Acórdão 113/2016-Plenário, Sessão: 27/01/2016, rel. Bruno Dantas).

A vedação à indicação de marca (artigos 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (artigos 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993) admite a realização de licitação de objeto sem similaridade, nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada” (TCU, Acórdão 2829/2015-Plenário, Sessão: 04/11/2015, rel. Bruno Dantas).

"A Administração deve evitar a indicação de marcas de produtos para configuração do objeto, quando da realização de certames licitatórios para a aquisição de bens, salvo se seguidas das expressões "ou equivalente" ou "ou similar"" (TCU, Acórdão 660/2013-Plenário, Sessão: 27/03/2013, rel. Valmir Campelo).

Deste modo, é juridicamente possível a indicação de marca como referência de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. No caso, o setor técnico esclareceu que não há preferência por marca/modelo, considerando que outras marcas/modelos atendem às especificações do edital, reforçando que não há preferência por marca/modelo, sendo a indicação meramente referencial.

c) Estimativa de quantitativos

O art. 7º, § 4º da Lei nº 8.666/1993, veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades. Em atenção a este



preceito legal, impõe-se que sejam apresentados os quantitativos estimados para a licitação, de forma justificada, mesmo que sucintamente, considerando-se ainda que de tal estimativa dependerá o valor contratual.

No caso, a justificativa apresentada não aborda bem a questão dos quantitativos, apenas aponta genericamente que serão destinados ao uso motoristas, departamento administrativo e legislativo, apoio legislativo e vereadores, sem trazer qualquer detalhamento das necessidades de cada departamento.

Assim, entendo que a justificativa pode ser aprimorada, pois não se indicou quantos celulares serão disponibilizados para cada departamento, as razões que justificam a distribuição para cada departamento e etc. Assim, recomendo o aprimoramento da justificativa para detalhar a quantidade de aparelhos adquirida.

d) Designação do pregoeiro, equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito

O pregoeiro e a equipe de apoio foram designados pela Portaria da Mesa nº 12/2023, tendo sido também juntado aos autos o Certificado do Pregoeiro (Documento nº 8/2023).

e) Parcelamento do objeto

Trata-se de aquisição de 21 itens do mesmo gênero, agrupados em lote único. Considerando se tratar de item único com especificação única, não parece viável o parcelamento do objeto.

f) Pesquisa de preços e orçamento estimado

A pesquisa de preços utilizou como referência o modelo "Samsung S21 FE", tendo sido utilizadas 3 fontes diferentes: 2 (dois) *sites* de domínio amplo (*Magazine Luiza S/A, Fast Shop S.A*) e 1 (uma) cotação obtida junto a potencial fornecedor (*JP Eletrônicos e Telefonia LTDA*).

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

As fontes utilizadas são as previstas nos incisos III e IV do art. 5º da IN SEGES nº 73/2020, ato normativo que embora não seja de aplicação obrigatória é referência de boa prática.

O Setor Técnico justificou a não realização de pesquisa de preços junto a outras Administrações:

“Ainda para balizar o preço referencial este setor consultou compras de outras administrações buscando a similaridade do objeto, não encontrando muitas fontes, já que nesse segmento de tecnologia há diversos aparelhos com características específicas, dependendo da marca e modelo” (Justificativa de Compra/Preço/Modelo, anexo ao Documento nº 4).

Por tratar-se de justificativa técnica, descabe ao parecerista realizar juízo de valor acerca de sua adequação ou não.

g) Previsão de recursos orçamentários

A disponibilidade orçamentária foi devidamente demonstrada pela Nota de Reserva Orçamentária (Anexo ao Documento nº 6) no valor de R\$ 67.878,93 (sessenta e sete mil, oitocentos e setenta e oito reais e noventa e três centavos), que atende ao valor total estimado da contratação (Conforme Cláusula 3 da Minuta de Edital). A Nota de Reserva Orçamentária foi indicada sob Unidade 013030, Categoria Funcional 01.031.0003.6002.0000 e Categoria Econômica 4.4.90.52.00, em cumprimento ao art. 7º, §2º, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93.

III - PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DO CERTAME ÀS ME E EPP OU NÃO

Conforme se extrai do preâmbulo do edital, a licitação é exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, em absoluta conformidade com o art. 48, inciso I, da Lei federal complementar nº 123/06.



IV - ANÁLISE DA MINUTA DE EDITAL

a) Dos requisitos de habilitação

Quanto aos requisitos de habilitação, a minuta de edital se encontra em boa ordem com exceção a um apontamento.

Primeiro, relativamente à regularidade fiscal, não há justificativa para a exigência de regularidade fiscal junto à Fazenda Pública Municipal. Isto se dá porque não há, na venda de aparelhos celulares, a incidência de qualquer tributo municipal. Neste sentido, é a jurisprudência do TCE/SP:

“Recordo que a controvérsia citada durante a instrução, relativa à idoneidade fiscal, ganhou novos contornos a partir do julgado contido no TC-32300/026/08, que fez parte dos trabalhos do Tribunal Pleno na sessão de 24/9/2008, na direção de que **a comprovação da regularidade deve restringir-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual**” (TCE-SP, Segunda Câmara, TC-023732/026/14, Sessão: 10/02/2015, grifos nossos).

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a exigência de regularidade fiscal deve restar adstrita aos tributos decorrentes do ramo de atividade das interessadas licitantes, em compatibilidade ao objeto licitado, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.666/93 é [...]” (TCE-SP, Tribunal Pleno, Acórdão, TC-004091/989/13-7, Sessão 02/04/2014).

Uma vez que a venda de aparelhos celulares não é serviço, não há incidência de Imposto sobre serviços de qualquer natureza, de modo que **deve ser excluída a Cláusula 9.2.7.**

b) Quanto ao procedimento

É necessária melhor adequação da Cláusula 10.12 ao art. 4º, inciso XI, da Lei federal nº 10.520/02. Isto porque a Cláusula 10.12 apenas diz respeito à aceitabilidade quanto ao preço, enquanto o art. 4º, inciso XI, da Lei federal nº 10.520/02 afirma que o exame de aceitação diz respeito não somente ao preço, mas também ao objeto. Neste sentido, é necessária a correção da Cláusula em análise, ficando sugerida a seguinte, retirada de minuta padrão da AGU:

“10.12 Encerrada a etapa de negociação, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à



compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação neste Edital e em seus anexos”.

V - ANÁLISE DA MINUTA DE CONTRATO

O objeto e seus elementos característicos (art. 55, I) vem descritos na Cláusula 1.1, sendo o objeto a aquisição de Aparelho Celular do tipo *Smartphone*.

A Cláusula 1.2 prevê o regime de execução do contrato como sendo o de empreitada por preço global e forma de execução indireta. Todavia, tal descrição é inadequada, pois a empreitada por preço global é regime de execução próprio de serviços ou obras (art. 6º, VIII, alínea *a*). No caso, trata-se de compra (obrigação de dar). Desta forma, é necessária a exclusão da Cláusula 1.2.

A forma de fornecimento (art. 55, II) está prevista na Cláusula segunda, sendo o fornecimento realizado no prazo de 15 (quinze) dias corridos, contado a partir do recebimento da Ordem de Serviço ou Nota de Empenho.

O preço (art. 55, III) está previsto na Cláusula quarta, definindo valor unitário para cada item e valor total. As condições de pagamento (art. 55, III) estão previstas nas cláusulas 4.4 a 4.9.

Em relação ao prazo de início de etapas de execução, de conclusão, entrega, de observação e recebimento definitivo (art. 55, IV), trata-se de fornecimento a uma só vez, sendo realizado no prazo de 15 (quinze) dias corridos, contado a partir do recebimento da Ordem de Serviço ou Nota de Empenho.

A Cláusula 4.3 aponta a dotação orçamentária pela qual ocorrerá as despesas relacionadas a este contrato (art. 55, V), qual seja: 4.4.90.52.00 - EQUIPAMENTOS E MATERIAL PERMANENTE.

Em relação à garantia, prevista no inciso VI como cláusula essencial, há discricionariedade da Administração para dispô-la nos contratos caso a caso. De acordo com a doutrina de Justen Filho, “a lei remete à discricionariedade da Administração a exigência de garantia”, devendo ser exigida apenas nas hipóteses em que se faz necessária¹². Assim, a garantia se insere no mérito administrativo, havendo margem de liberdade para o administrador verificar a sua necessidade caso a caso, devendo levar

¹² JUSTEN FILHO, 2016, p. 1.099.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

em consideração que a exigência de garantia representa encargo econômico-financeiro e pode ter consequências sobre o preço a ser contratado. No caso, a falta de exigência de garantias não macula o contrato, pois a sua exigência ou não está dentro da margem de discricionariedade que possui o Administrador.

As obrigações da contratada (art. 55, VII) estão previstas na Cláusula sexta do edital e as obrigações da contratante estão previstas na Cláusula sétima. As penalidades pelo inadimplemento estão previstas na Cláusula décima.

Os casos de rescisão (art. 55, VIII) estão previstos na Cláusula nona, não havendo, todavia, o reconhecimento dos direitos da contratante em caso de rescisão administrativa unilateral (art. 55, IX) exigido pela Lei federal nº 8.666/93 não consta da cláusula. Assim, faz-se necessária esta previsão.

A cláusula essencial prevista no inciso X do art. 55 da Lei federal nº 8.666/93 diz respeito às condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, o que não guarda pertinência com o contrato e que, portanto, não deve ser exigida.

A legislação aplicável à espécie (art. 55, XII) vem prevista na Cláusula décima quarta, sendo a Lei federal nº 8.666/93 e 10.520/02.

Por fim, a Cláusula décima primeira fixa o foro de competência para a Comarca de São Roque, o que está de acordo com o art. 55, §2º, da Lei federal nº 8.666/93.

Importante mencionar, ainda, que a Cláusula oitava dispõe sobre o servidor responsável pelo acompanhamento da execução contratual, sendo o servidor responsável pela Gerência de Tecnologia e Manutenção. Desta forma, a minuta de contrato cumpre a prescrição do art. 67 da Lei federal nº 8.666/93.

Finalmente, o prazo de vigência do contrato é de 12 (doze) meses, conforme descrito na cláusula 3.1. Em que pese o art. 57, *caput*, da Lei federal nº 8.666/93 preveja como regra que os contratos não terão vigência exceda a vigência dos créditos orçamentários, a Advocacia-Geral da União entende que é possível, além das hipóteses previstas nos incisos do art. 57, que o contrato ultrapasse o exercício financeiro desde que as despesas sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro. Confira este entendimento:

“AGU. ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 39/11 -A vigência dos contratos regidos pelo art. 57, *caput*, da lei 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício



financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar” (Referência: Art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993; art. 36, da Lei nº 4.320, de 1964; Nota DECOR/CGU/AGU nº 325/2008. PARECER/ AGU/NAJSP/ Nº 1191/2008 – VRD. PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, opino nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela existência de óbices legais ao prosseguimento do presente processo os quais restarão superados desde que observados os seguintes apontamentos e ressalvadas as recomendações que se fará ao final:

- a) ausente a justificativa quanto à quantidade de celulares, que precisa constar dos autos do processo como decorrência do art. 7º, §4º, da Lei federal nº 8.666/93;

- b) quanto ao edital de licitação, são necessárias adequações:

- b.1) exclusão da Cláusula 9.2.7;

- b.2) correção da Cláusula 10.12 adequando ao art. 4º, inciso XI, da Lei federal nº 10.520/02, ficando sugerida a seguinte redação:

“10.12 Encerrada a etapa de negociação, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação neste Edital e em seus anexos”

- b.3) Correção da descrição do objeto na minuta de edital e termo de referência para “Aquisição de Aparelhos Celulares tipo *Smartphone*”, ajustando, assim, a descrição ao plural, pois são 21 unidades que serão adquiridas, conforme consta do termo de referência.

- c) quanto à minuta de contrato, são necessárias as seguintes adequações:

- c.1) Exclusão da Cláusula 1.2;

- c.2) Inclusão de item à Cláusula nona para prever o reconhecimento dos direitos da Administração em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei (art. 55, IX), ficando sugerida a seguinte redação:

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

9.2. A CONTRATADA reconhece desde já os direitos da CONTRATANTE em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei.

- c.3) Correção da cláusula 1. da minuta de contrato para “Aquisição de Aparelhos Celulares tipo *Smartphone*”, ajustando, assim, a descrição ao plural, pois são 21 unidades que serão adquiridas, conforme consta do termo de referência.

Finalmente, realizo as seguintes recomendações e sugestões, de acolhimento discricionário¹³:

- a) Recomendo que se reavalie a real necessidade e existência de interesse público na contratação, considerando que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já reprovou contas de Câmara Municipal, tendo como um dos motivos a aquisição de celulares (TC-000983/026/15, confira trecho na Página 6 deste Parecer Jurídico), havendo, portanto, certo grau de risco na contratação. Caso a Administração conclua pela sua desnecessidade ou ausência de interesse público na aquisição, não deve prosseguir na contratação. Caso a Administração conclua pela necessidade e existência de interesse público, recomendo que sejam aprimoradas as justificativas, melhor detalhando (pormenorizando) as necessidades da Câmara Municipal, sob o enfoque do interesse público e missão institucional da Casa Legislativa, descrevendo melhor os problemas (demandas) e como a contratação os soluciona.

- b) Recomendo que a descrição da necessidade e escolha da justificativa seja fundamentada em estudo técnico preliminar formal (confira Páginas 7-9 deste Parecer Jurídico), sendo necessário, caso acolhida esta recomendação, o replanejamento de toda a licitação desde o início;

- c) Recomendo o aprimoramento da justificativa nos autos para nela esclarecer que os aparelhos celulares integrarão o patrimônio da Câmara Municipal (patrimônio público) com todas as consequências legais decorrentes;

¹³ “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: www.camarasaoroque.sp.gov.br | camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

- d) Sugiro também que, após a contratação, seja exigido dos usuários dos celulares a assinatura de termo de uso e responsabilidade, deixando-os cientes de que a utilização do celular deverá ser realizada em função do serviço público e o aparelho telefônico é patrimônio público, sendo necessários os cuidados inerentes a esta condição, e que o aparelho deverá ser devolvido em caso de extinção do vínculo com a Câmara Municipal.

É o parecer.

São Roque/SP, 09 de fevereiro de 2023.

Jônatas Henriques Barreira
Procurador Jurídico