



PARECER JURÍDICO nº 049/2023

Processo Licitação nº 2/2023.

Interessado: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Análise jurídica de segundo edital do pregão para aquisição de aparelhos celulares.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO. REPUBLICAÇÃO DE EDITAL EM DECORRÊNCIA DO NÃO COMPARECIMENTO MÍNIMO DE 3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS.

1. De acordo com precedente do TCE/SP (TCs-025129.989.20-8, 025128.989.20-9 e 025130.989.20-5), a expressão “fornecedor competitivo” diz respeito à microempresa e empresa de pequeno porte que participa efetivamente da licitação.

2. Conforme inteligência do mencionado precedente, a presença mínima de 3 (três) microempresas e/ou empresas de pequeno porte é requisito de validade para a realização da licitação exclusiva para microempresa e empresa de pequeno porte.

3. Deste modo, a republicação do edital em versão de participação ampla é necessária ante ao não preenchimento de requisito para licitação exclusiva, conforme art. 49, inciso II, da Lei complementar nº 123/06 e entendimento do TCE/SP.

4. Correção e recomendação para a minuta de edital ao final do parecer jurídico.

RELATÓRIO

Trata-se de processo licitatório, sob a modalidade pregão, para aquisição de aparelhos celulares. O procedimento já veio para análise antes, tendo sido analisado pelo Parecer Jurídico nº 26/2023. Após a publicação do respectivo edital, realizado com exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte, com fulcro no art. 48, inciso I, da Lei complementar 123/06, apenas compareceram 2 (duas) empresas na sessão pública, o que culminou na decisão por republicar o edital ampliando a participação, seguindo entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos autos dos TC-025129.989.20-8, TC-02128.989.20-9 e TC-025128.989.20-9.

Os presentes autos foram enviados para análise jurídica na data de 06/03/2023, por meio da tramitação do *Siscam*.

Os autos vieram instruídos dos seguintes documentos:

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'

1. Documento nº 1;
 - 1.1. Ofício Presidente – Pedido de Aparelho Celular;
 - 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 Câmara Municipal de São Roque – JP Eletrônicos 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 Relação Itens 92608905000032022000;
 - 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;

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'

8. Documento nº 8;
 - 8.1. Certificado de Pregoeiro – Mauracy;
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.
13. Documento nº 13;
 - 13.1. Parecer Jurídico nº 26/2023;
14. Documento nº 14;
 - 14.1. Ofício Presidente
15. Documento nº 15;
 - 15.1. Edital;
16. Documento nº 16;
 - 16.1. Justificativa - Celulares
17. Documento nº 17;
 - 17.1. Aviso de Licitação;
18. Documento nº 18;
 - 18.1. Edital Corrigido e assinado;
19. Documento nº 19;
 - 19.1. Publicação no Diário Oficial do Estado de São Paulo do dia 17/02/2023;
 - 19.2. Publicação no Jornal local no dia 17/02/2023;

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'

- 19.3. Publicação no *Site* da Câmara Municipal;
- 19.4. Publicação – SCPI – Licitações;
- 19.5. Publicação no Diário Oficial do Município do dia 17/02/2023.
- 20. Documento nº 20;
 - 20.1. Transmissão de dados ao Sistema AUDESP;
- 21. Documento nº 21;
 - 21.1. Retirada de Edital;
- 22. Documento nº 22;
 - 22.1. Certidão de Afixação de Edital;
- 23. Documento nº 23;
 - 23.1. Vista conjunta de Acórdão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos TCs-025129.989.20-8, 025128.989.20-9 e 025130.989.20-5.
- 24. Documento nº 24;
 - 24.1. Documento de Identificação e Cadastro no CNPJ - JP Eletronicos e Telefonia LTDA;
- 25. Documento nº 25;
 - 25.1. Documento de Identificação e Procuração - L4k Tech;
- 26. Documento nº 26;
 - 26.1. Ata da Sessão Pública.
- 27. Documento nº 27;
 - 27.1. Justificativa de ampliação da participação;
- 28. Documento nº 28;
 - 28.1. Minuta de Edital para republicação;
- 29. Documento nº 29.
 - 29.1. Ofício ao 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.

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 sugestões apresentadas seja formalmente justificada, por aplicação subsidiária do artigo 50, VII e § 1º da Lei federal nº 9.784/99².

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 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;



Cumpra finalmente dizer que este Parecer Jurídico não apreciará os documentos anteriores ao Parecer Jurídico nº 26/2023, uma vez que estes já foram, por óbvio, devidamente analisados. Também não serão reanalisadas as cláusulas da minuta de edital idênticas à minuta de edital anterior. Fica desde já ratificado o Parecer Jurídico nº 26/2023.

II - ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO APÓS A ELABORAÇÃO DO PARECER JURÍDICO Nº 026/2023

a) Da publicação do edital

Após a assinatura do edital pela Presidência da Câmara Municipal no dia 16/02/2023, o aviso de edital foi publicado no dia 17/02/2023 no Diário Oficial do Estado de São Paulo, no jornal local e no Diário Oficial do Município, sendo designada a sessão pública para o dia 06/03/2023.

O art. 4º, inciso V, da Lei federal nº 10.520/02 dispõe o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a data da publicação de aviso e a data da sessão pública. Acerca da metodologia de contagem de prazos, estabelece o art. 110 da Lei federal nº 8.666/93 que “excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento”. Assim, considerando que o aviso foi publicado no dia 17/02 (excluindo-o da contagem por ser o dia de início), os dias 18/02 e 19/02 foram sábado e domingo (dias não úteis) e não houve expediente na Câmara Municipal nos dias 20, 21 e 22 (conforme Portaria nº 24/2023³); o primeiro dia a ser contado é o dia 23/02, contabilizando-se os dias úteis que se seguem: 24/02, 27/02, 28/02, 01/03, 02/03, 03/03 e 06/03 (inclui-se o último dia do prazo na contagem).

Deste modo, o primeiro dia da contagem foi o dia 23/02; o segundo, o dia 24/02; o terceiro, o dia 27/02; o quarto, o dia 28/02; o quinto, o dia 01/03; o sexto, o dia 02/03; o sétimo, o dia 03/03; e o oitavo, o dia 06/03; foi devidamente respeitado o interregno mínimo de 8 (oito) dias úteis.

³ Portaria nº 24/2023. Declara ponto facultativo os dias 20 a 22 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://saoroque.siscam.com.br/Documentos/Documento/175019>. Acesso em: 7 mar. 2023.



Portanto, tendo sido realizada a devida publicação do edital e respeitado o prazo, quanto à publicização do certame não houve qualquer ilegalidade.

b) Da sessão pública e o não comparecimento do mínimo de 3 (três) fornecedores enquadrados como microempresa e/ou empresa de pequeno porte

Conforme consta da ata da sessão pública do dia 06/03/2023, após realizado o credenciamento dos representantes presentes, o pregoeiro verificou que não havia o comparecimento mínimo de 3 (três) competidores enquadrados em microempresa e/ou empresa de pequeno porte, o que culminou no encerramento da sessão, considerando a disposição do art. 49, inciso II, da Lei complementar federal 123/06. Assim, o pregoeiro registrou nos autos cópia de documentos de identificação dos licitantes e descontinuou a sessão, encerrando-a.

Estabelece o art. 48, inciso I, da Lei complementar federal nº 123/06, que “a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)”.

Entretanto, o art. 49, incisos II e III, dispõe duas exceções: a) “não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório”; b) “o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”.

Acerca da primeira hipótese, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi instado a se manifestar por meio de consulta nos autos dos TCs-025129.989.20-8, 025128.989.20-9 e 025130.989.20-5.

Dentre os quesitos que a Corte de Contas foi chamada a se manifestar consta o seguinte, acompanhado da respectiva resposta:

“Pergunta nº 12: Nas licitações realizadas exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte, é necessária a participação mínima de três empresas?



Resposta: Sim. Trata-se de requisito para o válido manejo desse peculiar certame licitatório, conforme expressamente previsto no inciso II do artigo 49 da LC nº 123/06” (grifei).

Na fundamentação o Tribunal de Contas deixou claro o conceito de “fornecedor competitivo” previsto no art. 49, inciso II, da Lei complementar 123/06: “é a microempresa ou a empresa de pequeno porte capaz de cumprir o objeto licitado, atendidas as exigências dispostas no instrumento convocatório, o que deverá ser aferido em cada caso, diante da efetiva participação dessas empresas no certame”.

Da leitura tanto da resposta ao quesito, como da fundamentação, conclui-se que, seguindo o entendimento da Corte de Contas paulistas, a participação mínima de três microempresas e/ou empresas de pequeno porte é requisito de validade (requisito para o *válido manejo*) para o certame de participação exclusivo de microempresas e empresas de pequeno porte, sendo que, não havendo a efetiva participação de 3 (três) fornecedores o certame se inserirá na exceção do art. 49, inciso II, da Lei complementar federal nº 123/06.

Deste modo, o Pregoeiro, ao encerrar a sessão pública sem dar continuidade, agiu de acordo com a lei e com o precedente mencionado, uma vez que não havia o preenchimento de requisito legal (efetiva participação de três microempresas/empresas de pequeno porte) para o prosseguimento do certame de forma exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte.

Cabe, por fim, mencionar que, nos termos do art. 227 do Regimento Interno do TCE/SP⁴, “os pareceres emitidos em virtude de consulta terão força obrigatória, importando em prejulgamento do Tribunal”.

Portanto, a sessão pública foi conduzida de acordo com a lei e com o precedente do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

IV - ANÁLISE DA MINUTA DE EDITAL

Considerando que se constatou a ausência de participação efetiva de, no mínimo, 3 (três) “fornecedores competitivos”, faz-se necessária a repetição do certame,

⁴ <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/lei-organica-e-regimento-interno/regimento-interno>. Acesso em: 7 mar. 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'

ampliando-o, haja vista, a incidência na exceção do art. 49, inciso II, da Lei complementar federal nº 123/06.

Deste modo, foi alterado o edital original para excluir a restrição de participação das microempresas e empresas de pequeno porte. No item 5, deixou de constar a restrição às microempresas e empresas de pequeno porte. Nos itens 10.9 e seguintes, foram incluídas as regras acerca do empate ficto, preservando o que estabelece o art. 44 da Lei complementar federal nº 123/06.

Há necessidade de correção do item 5.1, em que consta a expressão “empresas jurídicas” que não possui valor conceitual do ponto de vista do Direito. Assim, para sanear este equívoco, sugiro a seguinte redação para a cláusula 5.1:

“5.1. Poderão participar quaisquer interessados, desde que legalmente estabelecidos na forma da Lei, que atuem em atividade econômica compatível com o objeto licitado, e que atendam às exigências de habilitação e demais condições estabelecidas no presente Edital”.

As demais disposições se assemelham ao edital anterior e já foram devidamente aprovadas pelo Parecer Jurídico nº 26/2023, não havendo necessidade de nova manifestação.

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 necessidade de correção na minuta de edital (versão republicação), nos seguintes termos:

1. Correção da Cláusula 5.1 a fim de substituir a expressão “empresas jurídicas”, ficando sugerida a seguinte redação:

“5.1. Poderão participar quaisquer interessados, desde que legalmente estabelecidos na forma da Lei, que atuem em atividade econômica compatível com o objeto licitado, e que atendam às exigências de habilitação e demais condições estabelecidas no presente Edital”.

Recomendo, ainda, para maior clareza e transparência, que conste do preâmbulo a expressão “Participação Ampla”, em semelhança ao que o Estado de São Paulo realiza em seus modelos de edital.

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'

Ressalta-se que a presente manifestação se limita à análise jurídica da fase interna do processo licitatório, sendo necessário, em sua fase externa, o atendimento ao edital e às leis que regem a matéria.

É o parecer.

São Roque/SP, 7 de março de 2023.

Jônatas Henriques Barreira
Procurador Jurídico