



Número: **1056383-74.2020.8.11.0041**

Classe: **AÇÃO POPULAR**

Órgão julgador: **VARA ESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR**

Última distribuição : **03/12/2020**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Assuntos: **Edital**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
RUBENS ALBERTO GATTI NUNES (AUTOR(A))	GUSTAVO FELIPE DA SILVA (ADVOGADO(A))
SERGIO SALES MACHADO JUNIOR (LITISCONSORTES)	SERGIO SALES MACHADO JUNIOR (ADVOGADO(A))
RONDINELLE IDALECIO DOS SANTOS GALDINO (LITISCONSORTES)	RONDINELLE IDALECIO DOS SANTOS GALDINO (ADVOGADO(A))
JOHNNY SANTOS VILLAR (LITISCONSORTES)	JOHNNY SANTOS VILLAR (ADVOGADO(A))
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (REU)	
ESTADO DE MATO GROSSO (REU)	
MAURO DELFINO CESAR (REU)	
MICROSENS LTDA (REU)	
RODRIGO CESAR BARBOSA DA SILVA - ELETRONICOS - ME (REU)	
MINISTERIO PUBLICO DE MATO GROSSO (CUSTOS LEGIS)	
ELDA MARIZA VALIM FIM (TERCEIRO INTERESSADO)	PEDRO DANIEL VALIM FIM (ADVOGADO(A))

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
49672 375	23/02/2021 19:19	Decisão - Ação Popular - 1056383-74.2020	Documento de comprovação



AUTOS Nº 1056383-74.2020.8.11.0041

Vistos.

Cuida-se de *Ação Popular* proposta por **Rubens Alberto Gatti Nunes** inicialmente em face do **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**.

Determina a emenda à petição inicial (Id. nº 45758381), a parte autora o fez por meio da petição de Id. nº 46580731, corrigindo o Juízo e adequando o polo passivo com a substituição do Ministério Público do Estado de Mato Grosso por **Mauro Delfino Cesar**, Procurador-Geral de Justiça, e a inclusão de: **Estado de Mato Grosso; Microsens S/A; e Electromarcas Comércio e Importação de Eletrônicos Eireli**.

Sobreveio aos autos a petição de Id. nº 47079850, através da qual os terceiros **Sérgio Sales Machado Júnior, Rondinelle Idalecio dos Santos Galdino e Johnny Santos Villar** requereram o seu ingresso no feito como litisconsortes ativos, acostando aos autos anexo de “*petição inicial, com pedido de tutela antecipada*” (Id. nº 47079851).





A decisão de Id. nº 47260367 recebeu a emenda à petição inicial e, nos termos do disposto no art. 6º, § 5º, da Lei nº 4.717/65, deferiu o pedido de ingresso dos terceiros **Sérgio Sales Machado Júnior, Rondinelle Idalecio dos Santos Galdino e Johnny Santos Villar** no polo ativo da demanda, em litisconsórcio ativo facultativo ulterior simples.

Na ocasião, ante a apresentação, pelos recém habilitados como autores, de “*outra*” petição inicial, com fundamentos jurídicos e pedidos diversos dos contidos na exordial, restou determinada àqueles a apresentação de aditamento à exordial.

Acostada aos autos a petição de aditamento à exordial (Id. nº 47335177), este Juízo recebeu o aditamento e determinou a notificação do ente público requerido para manifestação acerca do pedido liminar, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, em aplicação analógica ao disposto no art. 2º da Lei n.º 8.437/92, por força do Microsistema do Processo Coletivo.

Notificado, o **Estado de Mato Grosso** se manifestou no movimento de Id. nº 47965713, pugnando pelo indeferimento do pedido liminar.

Ato contínuo, a terceira **Elda Mariza Valim Fim** compareceu aos autos, requerendo o seu ingresso no polo





ativo da demanda, em litisconsórcio ativo facultativo ulterior simples (Id. nº 48624569).

Por meio do *decisum* de Id. nº 49205891, a douta magistrada em substituição legal determinou a intimação da retrocitada terceira para presente certidão de quitação eleitoral atualizada, bem como oportunizou ao ente público requerido prazo para juntada de relatório técnico e apresentação de esclarecimentos.

A terceira **Elda Mariza Valim Fim** atendeu o comando judicial na petição de Id. nº 49235023.

O **Estado de Mato Grosso** trouxe aos autos o Relatório Técnico Comparativo emitido pelo Departamento Técnico de Tecnologia da Informação do Ministério Público Estadual, assim como pontuou que a decisão citada na justificativa do termo de referência é a contida nos autos no Id. nº 47969737, páginas 14/15 (Id. nº 49317737).

Ato contínuo, a terceira **Elda Mariza Valim Fim** peticionou nos autos (Id. nº 49532533), manifestando-se acerca do último relatório técnico acostado ao feito.

Uma vez relatado os andamentos processuais, passo ao relato dos fatos, fundamentos e pedidos iniciais.





Cuida-se de *Ação Popular* cujo objeto é o procedimento licitatório realizado pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso, por meio do **Pregão Eletrônico nº 097/2020**, relativo ao Processo Administrativo nº 20.14.0001.0005581/2020-89, destinado ao registro de preços para futura e eventual **aquisição de aparelhos celulares *smartphone* para atender a demanda do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.**

Figuram no **polo ativo** 1) **Rubens Alberto Gatti Nunes**, na condição de autor originário, 2) **Sérgio Sales Machado Júnior**, 3) **Rondinelle Idalecio dos Santos Galdino** e 4) **Johnny Santos Villar**, como autores habilitados em litisconsórcio ativo facultativo ulterior simples.

No **polo passivo**, estão os requeridos 1) **Estado de Mato Grosso**, 2) **Mauro Delfino Cesar**, 3) **Eunice Helena Rodrigues de Barros**, 4) **Microsens S/A** e 5) **Electromarcas Comércio e Importação de Eletrônicos Eireli**.

Nos termos da **petição inicial**, o “*gasto de mais de R\$ 2,2 milhões de reais com a compra de 400 smartphones, do tipo Iphone e Samsung Galaxy de última geração*” justifica o cabimento da presente Ação Popular “*em razão da patente imoralidade do pretendido dispêndio*”.

Aduz o autor originário que “*o valor a ser gasto com os aparelhos (R\$ 8,3 mil cada Iphone 11 Pro Max) é*





absurdo e muito acima da média de celulares que são capazes de desempenhar e realizar as mesmas tarefas”.

Sustenta que *“a exigência de marcas e modelos de última geração de telefones celular para membros do Ministério Público se mostra totalmente desarrazoado e desprovido de motivação justa”.*

Prossegue, asseverando que há indícios, inclusive, de desvio de finalidade, sob o argumento de que, *“ao invés de uma ferramenta de trabalho, adquiriu-se aparelhos luxuosos gerando gastos desnecessários e ostensivos aos cofres públicos”.*

Argumenta que o fim a que se destina os aparelhos poderia ser alcançado *“com a compra de outros equipamentos compatíveis mas com custo menor”*, assim como que *“a contratação e gastos com o contrato milionário de celulares de luxo para uso dos promotores é moralmente inconcebível, ineficiente, inoportuno, desarrazoado, imotivado e diametralmente distante de ser proporcional ao fim que se destina em evidente desvio de finalidade”.*

Ao final, sustentando a presença dos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil, o autor originário requer a concessão da tutela de urgência para *“suspender imediatamente os efeitos do pregão de registro de preços”*. No mérito, requer a anulação do ato lesivo, *“determinando-se*





que o réu não compre e/ou efetive as despesas com os referidos equipamentos de telefonia móvel” (Id. nº 45037097 - Pág. 6).

Os autores habilitados em litisconsórcio ativo ulterior, por sua vez, na petição de aditamento à exordial, asseveram que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso *“realizou a referida licitação para futura e eventual aquisição de aparelhos celulares smartphones ultramodernos para seus membros atuais e futuros”*.

Informam que o processo licitatório já teve vencedores, bem como que a *“intenção de aquisição é de 197 celulares Iphone 11 Pro Max, ao preço unitário de R\$8.376,00, que serão adquiridos da empresa ELECTROMARCAS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ELETRÔNICOS EIRELI (contrato administrativo 116 de 2020 – ID nº 47079854); e, 60 celulares Samsung Galaxy Note 20 ULTRA 5G ao preço unitário de R\$6.328,00, da empresa MICROSENS S/A (contrato adm. 117/2020 – ID nº 47079855)”*.

Acrescentam que serão *“gastos R\$2.029.750,00 (dois milhões e vinte e nove mil, setecentos e cinquenta reais) para que o MPMT compre 257 aparelhos celulares”*, o que totalizaria quase oito mil reais por aparelho.





Sustentam os referidos autores que o *“edital 97/2020, para além de imoral, é manifestamente ilegal, tendo em vista que foi manipulado com especificações artificiais absurdas, vultuosas e que direcionam para os smartphones luxuosos, impossibilitando ainda a concorrência com demais aparelhos celulares”*.

Passam a explicitar que, da descrição dos itens 01 e 02, se extrai claramente o direcionamento do procedimento licitatório, ante o excessivo detalhamento do objeto da licitação, na medida em que é *“de conhecimento comum que apenas smartphones da Apple tem sistema operacional IOS (item 01)”* e que, no tocante ao item 02, *“o edital criou tantas exigências luxuosas e desarrazoadas que apenas o smarthphone ultramoderno da Samsung conseguiu participar da concorrência”*.

Concluem os autores habilitados posteriormente, asseverando que, *“conforme ata do pregão eletrônico referente ao edital 97/2020 (ID nº 47079856), somente foram ofertados lances com os modelos de referência Iphone 11 Pro Max 256Gb e Samsung Galaxy Note 20 Ultra 5G, tendo em vista que, reitera-se, com o filtro criado pelo edital 97/2020, cópia da ficha técnica de cada aparelho celular vultuoso, revela-se pouco provável que outros aparelhos celulares com preços mais acessíveis pudessem participar”*.





No campo dos fundamentos, sustentam que “*a motivação do aludido edital é escancaradamente inidônea, genérica, materialmente inexistente e juridicamente inadequada ao fim a que se destina*”, bem como que há lesividade porque o Estado, com “*a aquisição dos celulares luxuosos ultramodernos, pode incorrer em prejuízo financeiro de R\$2.029.750,00 (dois milhões e vinte e nove mil, setecentos e cinquenta reais)*”.

Aduzem que houve violação ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ao art. 3º, § 1º, inciso I, e ao art. 15, § 7º, inciso I, ambos da Lei nº 8.666/93, posto que, muito embora não tenha sido indicada a marca, “*as especificações demasiadamente artificiais e exageradas criadas pelo edital 97/2020 só permitiram que um único aparelho participasse das propostas no item 1 (Iphone 11 Pro Max) e no item 2 (Samsung Galaxy Note 20 ULTRA 5G)*”.

Por fim, também sustentando estarem presentes os requisitos para tanto, os autores admitidos em litisconsórcio requerem a concessão da tutela antecipada de urgência para que “*sejam suspensos do pregão eletrônico do edital 97/2020 do MPeMT os itens 01 (Iphone 11 Pro Max) e 02 (Samsung Galaxy Note 20 ULTRA 5G), assim como os contratos administrativos 116 e 117 no que se refere a cada aparelho celular*”, além da intimação do Ministério Público do Estado de Mato Grosso para a juntada de documentos.





No mérito, os referido autores pleiteiam a confirmação da tutela antecipada, a decretação das “*nulidades no edital 97 de 2020 do MPeMT referente aos itens 01 (Iphone 11 Pro Max) e item 02 (Samsung Galaxy Note 20 ULTRA 5G), bem como os contratos administrativos resultantes dos referidos itens (116 e 117, ambos de 2020)*” e a condenação dos réus em eventuais prejuízos ao erário.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, sob os mesmos fundamentos já exarados na decisão de Id. nº 47260367, **DEFIRO o pedido de ingresso da terceira Elda Mariza Valim Fim, em litisconsórcio ativo facultativo ulterior simples.**

Passo, a seguir, à apreciação do pedido de tutela de urgência.

Segundo a sistemática processual, a tutela provisória pode fundamentar-se em **urgência** ou **evidência**, sendo que a **tutela provisória de urgência** pode ser de natureza cautelar ou satisfativa, assim como ser concedida em caráter antecedente ou incidental (art. 294, CPC).

No que se refere especificamente à tutela de urgência, o regime geral está preconizado nos artigos 300 e





301 do Código de Processo Civil, que unificou os pressupostos fundamentais para a sua concessão, seja na sua natureza satisfativa, seja na cautelar. Veja-se:

*“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.**”*

(...)

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Registre-se que o retro citado dispositivo se aplica a qualquer procedimento comum ou especial, a qualquer processo ou qualquer grau de jurisdição, desde que a regra especial não conte com a previsão expressa para prover as tutelas de urgência.

No caso da Ação Popular, por expressa disposição contida no art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717/65, “*cabera a suspensão liminar do ato lesivo impugnado*” na defesa do patrimônio público.

Ademais, nos termos dos arts. 7º e 22 da referida lei, aplicam-se, no que for cabível, o procedimento ordinário e as demais regras do Código de Processo Civil.





Portanto, para a concessão de tutela antecipada em Ação Popular, mister que estejam presentes os robustos requisitos legais, quais sejam, a **probabilidade do direito**, a **inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento a ser concedido** e, finalmente, um dos requisitos alternativos, que são **receio de dano irreparável ou de difícil reparação**.

Entretanto, além dos requisitos supracitados, por força do disposto na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências, *“não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”* (art. 1º, § 3º).

Da mesma forma, não é cabível a concessão de tutela de urgência que *“tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”*, nos termos do disposto na Lei nº 12.016/09 (art. 7º, § 2º).

Aliás, o atual Código de Processo Civil consagrou expressamente tais vedações, ao dispor no seu art. 1.059 que: *à “tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública, aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”*.





É com enfoque nessas normativas que se aprecia o pedido de tutela antecipada em questão.

Ab initio, no que se refere à vedação contida no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, anoto que, *in casu*, não impede a análise e eventual concessão do pleito liminar, tendo em vista que esse não esgota, sequer em parte, o objeto da ação.

Destarte, a parte autora ingressou com a presente ação popular contra os requeridos com a finalidade de suspensão imediata da licitação objeto do Pregão Edital nº 97/2020, no que se refere aos “*itens 01 (Iphone 11 Pro Max) e 02 (Samsung Galaxy Note 20 ULTRA 5G)*”, para, no mérito, obter a declaração de nulidade dos contratos firmados em decorrência dessa licitação e a condenação dos réus a ressarcirem “*eventuais prejuízos à Fazenda Pública*” (*sic*, Id. nº 47335177 – Pág. 20/21).

Portanto, os autores populares almejam, em sede de tutela de urgência, tão somente a suspensão da licitação e/ou dos contratos firmados, enquanto que, no mérito, buscam a declaração de nulidade do ato e a reparação do dano. Logo, afastada a vedação do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92.

Passo, por conseguinte, **ao exame do pedido de antecipação de tutela.**





Os autores da presente **Ação Popular** almejam a suspensão dos **itens 01 e 02 do Pregão Edital nº 97/2020** (Id. nº 47079857 - Pág. 2/3), assim como dos contratos firmados entre **Ministério Público do Estado de Mato Grosso** e os respectivos vencedores dos referidos itens, quais sejam as empresas **Electromarcas Comércio e Importação de Eletrônicos Eireli e Microsens S/A**.

Para tanto, fundamentam que houve, nesses itens, violação à legalidade por desvio de finalidade na motivação do ato e por direcionamento da licitação para “*compra de smartphones luxuosos*”, ante as especificações detalhistas contidas no edital.

Sustentam, ainda, os autores populares, ofensa à moralidade administrativa, sob o argumento de que “*a contratação e gastos com o contrato milionário de celulares de luxo para uso dos promotores é moralmente inconcebível*”.

Pois bem. Como se sabe, a ação popular constitui instrumento destinado a reprimir **ilegalidade**/lesividade ao patrimônio público, histórico e cultural, bem como à **moralidade administrativa**, assegurando a participação do cidadão no controle dos atos administrativos.





Por certo, a ação popular tem por escopo desconstituir ou invalidar ato administrativo lesivo a um desses interesses tutelados, devendo a pretensão do autor popular ser passível de subsunção numa das hipóteses previstas na Lei nº 4.717/65 (arts. 2º, 3º e 4º) ou na Constituição Federal (art. 5º, inciso LXXIII).

Da mesma forma, é certo que a realização de licitação pressupõe a observância das normas legais específicas, destinadas a assegurar que a Administração Pública promova a mais ampla concorrência para que possa alcançar o maior número de interessados e, assim, obter a proposta mais vantajosa.

Nessa seara, a **Lei de Licitações (nº 8.666/93)**, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu **art. 3º**, assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.





Aliás, o objetivo precípua da licitação, qual seja, assegurar a escolha da proposta mais vantajosa, é também a razão pela qual a própria **Lei de Licitações** veda, em seu **art. 7º, § 5º**, a realização de certame em que se *"inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas"*.

Entretanto, esse mesmo dispositivo (art. 7º, § 5º) permite a inclusão de bem específico, mesmo que pertencente a uma marca exclusiva *"nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada"*.

Acerca do tema, extrai-se ensinamento da Doutrina pátria, a seguir transcrito:

"A primeira dimensão do dispositivo é evitar o chamado "direcionamento da licitação", pelo qual a Administração, a despeito de não indicar uma marca determinada, apresenta especificações técnicas de um bem que, dada a configuração do mercado, somente poderão ser atendidas por apenas um produto.

*Como segunda dimensão, a norma objetiva vedar a indicação de marca. **Todavia, a regra admite exceções, conforme se vê na parte final do § 5º:** havendo motivação robusta, sustentada em parecer técnico fundamentado, poderá ser admitida a indicação de marca no ato convocatório. Caso o*





produto seja comercializado apenas por um fornecedor exclusivo, será caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, I, da LGL).”¹

Portanto, no que se refere à indicação de marca, **o art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93 excepciona a vedação legal**, abrindo possibilidade para indicação quando tecnicamente justificável.

Em outras palavras, **o que a Lei de Licitações veda é a preferência por determinada marca e sua indicação sem a devida justificativa técnica no certame.**

Entretanto, esse não é o caso dos autos.

Em primeiro lugar, consoante se extrai dos autos, o ente requerido demonstrou que, durante a fase preliminar do procedimento licitatório, foi realizada análise administrativa e elaborados estudos técnicos.

De fato, o órgão licitante, qual seja, o **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, com base na sua discricionariedade administrativa, analisou os fatos e a conveniência para a prática do ato, decidindo pela abertura de processo licitatório, mediante Pregão Eletrônico, tipo menor preço por item, para registro de preços para futura e eventual

¹ Amorim, Victor Aguiar Jardim de, 1986- Licitações e contratos administrativos : teoria e jurisprudência / Victor Aguiar Jardim de Amorim. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 240 p.





aquisição de aparelhos celulares “*smartphone*” (Id. nº 47969733, pág. 1/2).

Entretanto, antes disso, já havia sido determinada pelo órgão a elaboração de estudos pelo **Centro de Apoio Operacional da Segurança da Informação – CAOP/CSI** e pelo **Comitê Estratégico de Tecnologia da Informação – CETI** (Id. nº 47969737, pág. 4/7).

O relatório técnico emitido pelo primeiro (**CAOP/CSI**) encontra-se acostado no movimento de Id. nº 47969737, pág. 10/13), do qual se extrai, além da existência de “*vantagem do iOS sobre Android*” no quesito da segurança, o destaque de que “*para uma futura aquisição de aparelhos, deve-se considerar o parque tecnológico do órgão e a compatibilidade do SO sugerido com os sistemas já existentes*”.

Nesse ponto, urge acentuar que, de fato, é imprescindível assegurar a completa compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho entre os equipamentos já existentes e utilizados atualmente pelos integrantes do órgão com os que serão licitados, sob pena de eventual decisão afastada dessa premissa tornar-se absolutamente antieconômica, quando considerada a sua capacidade de atendimento em relação aos objetivos negociais a que se destinam.





Isso porque, a aquisição de modelo diverso do compatível com os objetivos, com o hábito de uso e com o desempenho exigido para a atividade, ainda que menos dispendioso, pode acarretar prejuízo por acabar não sendo usado, já que não atenderia às necessidades do órgão.

Além disso, depois de instado por este Juízo, o ente requerido apresentou o segundo relatório técnico (CETI), que foi juntado no Id. nº 49317738, pág. 1/5), no qual se verifica que foi feita análise comparativa entre “iOS” e “Android”, com a apresentação de quadro comparativo entre as funções presentes entre um e outro.

Do referido relatório, se extrai informação de cunho relevante, que coaduna com a motivação do ato administrativo, com relação ao quesito da **segurança**:

Segurança

Em termos de segurança, o iOS possui controle em relação as lojas de software, visto que a Apple Store avalia e testa todos os apps em sua loja e mesmo após baixar o aplicativo, há uma análise em uma sand-box de segurança, antes da instalação do app no aparelho.

No Android a avaliação dos aplicativos é feito uma vez apenas, antes de ser inserido na loja Google Play.

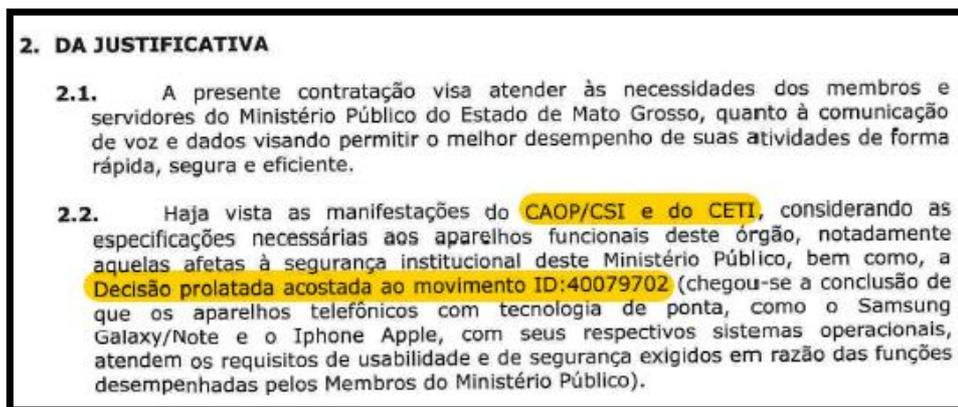
Com efeito, pela decisão acostada no Id. nº 49317740, **cujo número de Id. no âmbito administrativo é 40079702**, verifica-se que a motivação do ato administrativo





está presente tanto na necessidade dos aparelhos celulares quanto nas especificações dos modelos, definidos de acordo com “os requisitos de usabilidade e de segurança exigidos em razão das funções desempenhadas pelos membros do Ministério Público” (original sem destaque).

Verifico que essa motivação consta, inclusive, do **Termo de Referência** do edital, no **item 2.1**, como justificativa do certame. Veja-se (Id. nº 47970236 - Pág. 6):



Neste contexto, a indicação de marca enquadra-se no que é permitido por lei, ante a justificativa técnica e a motivação apresentada.

Em segundo lugar, in casu, não houve indicação expressa de marca, mas tão somente modelo de referência, sendo que a especificação detalhada dos itens no edital é apenas o meio para a fixação de um padrão de qualidade motivadamente escolhido pela Administração Pública.





À propósito, Marçal Justen Filho, referindo-se ao art. 7º, § 5º, da Lei de Licitações, apresenta valiosos ensinamentos, no sentido de que *“a proibição não atinge, obviamente, a mera utilização da marca como instrumento da identificação de um bem – selecionado pela Administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca...”*².

Ainda dentro desse aspecto, sobre a **indicação de marcas como parâmetro**, a Doutrina esclarece que:

“Em regra, é vedada a indicação de marcas nas compras efetuadas pelo Poder Público (art. 15, § 7.º, I, da Lei 8.666/1993).

Trata-se de vedação que possui caráter relativo, pois a indicação da marca será legítima quando acompanhada de justificativas técnico-científicas.

*Da mesma maneira, a indicação de marca pode servir como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado. Na hipótese, ao lado da marca apontada no instrumento convocatório, constarão as seguintes expressões ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’”*³.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 126.

³ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos / Rafael Carvalho Rezende Oliveira*. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.





Destarte, a indicação minuciosa do objeto licitado, ainda que resulte na descrição de um modelo específico de aparelho telefônico, pertencente exclusivamente a determinada marca, não ofende a legalidade, desde que presente justificativa em torno da singularidade exigida, como ocorre no caso dos autos.

Num terceiro ponto, mister se faz destacar que, muito embora as especificações assegurem a aquisição do melhor bem ou dos melhores resultados dos serviços para o ente licitante, **não decorre daí qualquer frustração do caráter competitivo** na execução do certame.

De fato, a definição, mediante estudos técnicos, do modelo que melhor atenderá os interesses da Administração não acarreta prejuízo à competitividade, na medida em que haverá abertura da licitação para toda e qualquer empresa que tenha interesse em apresentar propostas dos itens especificados no edital.

Isso porque o fato dos itens licitados serem, justificadamente, de marcas específicas não impede a participação na licitação de mais de uma empresa que os comercialize.

Além disso, não há evidências nos autos de que os preços das propostas vencedoras estejam acima da média





do mercado. Logo, nem limita o alcance do certame /ou a isonomia entre os licitantes, sobretudo quando o procedimento licitatório é deflagrado na modalidade pregão, do tipo menor preço.

In casu, portanto, não há que se falar, ao menos nessa seara inaugural, que houve direcionamento ou que o Poder Público, por condutas de seus administradores, deixou de contratar a melhor proposta.

Como quarto apontamento, ressalto que, ao dispor sobre as compras, a **Lei de Licitações**, em seu **art. 15, inciso I**, preceitua que, *“sempre que possível, deverão atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho”*.

Sobre a padronização, aliás, o Tribunal de Contas da União já consagrou entendimento. A **Súmula 270 do TCU** dispõe: *“Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”*⁴.

O quinto aspecto a ser considerado reside no fato de que, em se tratando de aquisição de ativos de TI - Tecnologia da Informação, a evolução tecnológica, com

⁴ <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>





lançamentos de novos modelos com recursos mais avançados, é muito rápida e constante.

Por isso, a compra deve buscar observar a **fase do ciclo de vida da tecnologia** a ser adquirida, visando retardar o máximo possível a necessidade da troca do ativo de TI, na medida em que a atualização e a inovação das soluções tecnológicas são constantes.

Sobre a questão, a Secretaria de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, lançou guia de *“Boas Práticas, Orientações e Vedações para Contratações de Ativos de TIC”*⁵, do qual se extrai que:

1.1.3. Recomenda-se, portanto, que as aquisições dos ativos de TI sempre ocorram para bens posicionados na **fase 3 – Menor Preço** ou alternativamente na **fase 2 – Seleção** do ciclo de vida, não devendo jamais ocorrer para ativos posicionados na **fase 4 – Substituição** e somente em caso de necessidade muito bem justificada pelo gestor venham a ocorrer na **fase 1 – Lançamento** do ciclo.

Em complementação, o documento esclarece que *“serão considerados como tendo ultrapassado a fase 1 – Lançamento, do ciclo de vida, os ativos de TI lançados há mais de 6 meses para smartphones e tablets”* (item 1.1.4).

⁵ <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/contratacoes/guias-modelos-e-diretrizes-para-contratacoes-de-solucao-de-tic>





Logo, no caso dos autos, verifico que o **Edital do Pregão Eletrônico nº 097/2020**, ao optar por adquirir o modelo descrito no item 1, não escolheu smartphone da fase 1 – Lançamento do ciclo de vida, tendo em vista que o modelo de referência indicado (IPHONE 11 PRO MAX) já havia sido lançado há mais de 06 (seis) meses por ocasião do edital (lançamento em 18.10.2019⁶).

Outrossim, em que pese o mesmo não ocorra com o modelo do item 2 do edital (GALAXY NOTE 20 ULTRA), o qual foi lançado mais recentemente no Brasil (lançamento em 18.09.2020⁷), cumpre ressaltar que esse já adentrará agora, em menos de 30 (trinta) dias, na fase 2.

Ressalto, ainda, que, tendo a licitação impugnada sido realizada para “registro de preço”, a aquisição se dará de forma fracionada ao longo do decurso do tempo.

Além disso, entendo justificada a sua aquisição não só pelos motivos relatórios técnicos apresentados, mas também ante o regime de teletrabalho atualmente desempenhado no âmbito do órgão licitante, assim como em razão da reduzida quantidade do item (15 unidades).

⁶ [iPhone 11 tem preço e data de lançamento confirmados no Brasil - Canaltech](#)

⁷ [Samsung lança Galaxy Note 20 e Note 20 Ultra no Brasil: veja preços - DeUmZoom](#)





Friso que, em virtude da constante evolução tecnológica nessa área, a aquisição de modelos antigos pode implicar, na verdade, em prejuízo.

Destarte, ainda que a compra de um aparelho celular de modelo anterior (Galaxy Note 10, por exemplo) pudesse acarretar economia no ato da licitação, poderia ir de encontro ao Princípio da Economicidade se, daqui um ou dois anos, estiver com a tecnologia defasada e, por isso, tornar necessária nova licitação para aquisição de modelo mais recente.

Ainda há que ser considerado, no caso o **sexto ponto**, o fato de que a licitação de aparelhos telefônicos smartphones modernos, a espécie do edital ora impugnado, tem sido realizada por outros órgãos, em âmbito nacional, inclusive, como facilmente se verifica do Portal de Compras do Governo Federal.

À título de exemplo, cito o recém lançado edital do **Pregão Eletrônico nº 06/2021 do Ministério Público de Contas do Estado do Pará - MPC/PA**⁸ e do edital do **Pregão Eletrônico nº 038/2020 do Tribunal de Contas da União**⁹,

8

http://comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/download/download_editais_detalhe.asp?coduasg=926475&modprp=5&numprp=62021

9

http://comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/download/download_editais_detalhe.asp?coduasg=30001&modprp=5&numprp=382020

W





nos quais consta compra de smartphones semelhantes pelos respectivos órgãos.

Por fim, quanto à presença dos requisitos para concessão da tutela de urgência tão somente pelo viés da ofensa à **moralidade administrativa**, tenho que também não assiste razão aos autores populares.

Urge pontuar, *ab initio*, que, muito embora seja viável o controle judicial dos atos administrativos, sendo uma das vias justamente a Ação Popular, mister se faz ter em mente que, diante da sua margem de atuação, a Administração Pública tem discricionariedade para fazer as escolhas que reputar adequadas ao melhor atendimento do interesse público.

Destarte, no que tange ao controle judicial das decisões administrativas, sabe-se que, em princípio, não caberia controle judicial dos poderes discricionários das autoridades públicas. No entanto, ele se torna viável quando se trata de margem de atuação exercida **fora dos limites da lei ou contrária a direitos fundamentais e princípios constitucionais**.¹⁰

Na hipótese vertente, como exposto neste *decisum* anteriormente, não se vislumbra ofensa à lei, ao menos nessa seara inaugural.

¹⁰ STF, AgAI 800.892, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJE 7.5.2013; STF, MS 24.129, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJE 30.4.12; STF, RMS 24.699, Rel. Min. EROS GRAU, DJE 1.7.2005.





Da mesma forma, não há elementos hábeis a demonstrar ofensa à moralidade capaz de resultar na nulidade do ato administrativo.

Como se sabe, o conceito de *moralidade* não se trata de conceito determinado, positivado taxativamente em lei, mas encontra sentido jurídico extraído de regras diversas.

Segundo o José dos Santos Carvalho Filho, o “*princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.*”¹¹

Por sua vez, José Afonso da Silva vê a moralidade como o conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração, mencionando, como exemplo, o cumprimento imoral da lei, no caso de ser executada com intuito de prejudicar ou favorecer deliberadamente alguém (Curso de direito constitucional positivo, 37. ed., 2014, p. 668).

Assim sendo, a *moralidade*, como princípio da administração, sujeita o administrador público, em toda a sua atividade funcional, aos mandamentos da moral social e da

¹¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.





ética, de maneira que deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato ilícito e se sujeitar ao controle judicial e às sanções disciplinar, civil e criminal cabíveis, conforme o caso.

No presente caso, o órgão licitante demonstrou que a opção de padronização de marca do ativo tecnológico de telefonia está devidamente amparada em usabilidade por seus membros, estudos técnicos e decisão administrativa fundamentada, os quais discriminam as vantagens e as necessidades técnicas e estratégicas para atender à demanda de atividade do órgão.

Inexistente nos autos qualquer comprovação de conduta irregular na condução do procedimento licitatório, seja por violação legal, seja por desvio moral.

Não desconhece este magistrado o debate público acerca do aspecto econômico da aquisição de modernos aparelhos celulares, sobretudo neste momento de crise financeira agravada em razão da pandemia.

Entretanto, a compra de bens, realizada com dotação orçamentária do órgão, com respeito às normas regentes e sem indícios da prática de qualquer conduta ofensiva à moralidade, encontra amparo na conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Nesse sentido, veja-se o julgado a seguir:





“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA. PREGÃO PRESENCIAL PROMOVIDO PELO FUNDO DE MELHORIA DA POLÍCIA MILITAR PARA AQUISIÇÃO DE TABLETS, SMARTPHONES E IMPRESSORAS. ALEGADO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO NA COMPRA DE IMPRESSORA TÉRMICA PORTÁTIL DE MARCA ESPECÍFICA. CARÊNCIA DE PROV AS NA FASE PROCESSUAL PREAMBULAR. EDITAL QUE DISCRIMINA GENERICAMENTE AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS MÍNIMAS E O VALOR UNITÁRIO PRETENDIDO SEM INDICAR MODELO EM PARTICULAR DE EQUIPAMENTO. ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS QUE SE INSERE NO JUÍZO DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. JUSTIFICATIVAS DA ENTIDADE LICITANTE QUE DENOTAM O ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR. CPC, ART. 300, CAPUT C. C. ART. 373, INC. I. Recurso conhecido e desprovido. "Se do edital denota-se que não há especificação de marca dos bens a serem comprados pelo estado, deixando livre as empresas concorrentes a apresentação de propostas de materiais e equipamentos independente de suas marcas, mas dentro do padrão e especificações exigidos, não se pode falar em qualquer direcionamento que possa viciar o ato ou





levar a licitação à suspeição" (STJ, recurso ordinário em mandado de segurança n. 6.597, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, segunda turma, j. Em 16/12/1996)" (TJSC; AI 4025786-71.2019.8.24.0000; Florianópolis; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Rodrigo Collaço; DJSC 09/07/2020; Pag. 184).

Não se trata, pois, ofensa à moralidade administrativa, tema sujeito ao escrutínio da Ação Popular, mas das opções que os administradores públicos podem fazer, no limite da conveniência e oportunidade.

Nesse contexto, entendo que não compete ao Poder Judiciário ampliar de qualquer forma o conceito de *moralidade* para declarar a nulidade do ato administrativo ora impugnado.

Ante o exposto, considerando ausente um dos requisitos necessários, na linha do previsto no art. 300, *caput* e § 3º, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO o pedido de tutela provisória de urgência.**

CITE-SE a parte requerida para apresentação de resposta, no prazo de 20 (vinte) dias (artigo 7º, § 2º, inciso IV, da Lei n. ° 4.717/1965), com as advertências legais.





INTIME-SE o Ministério Público do Estado de Mato Grosso da propositura da ação (artigo 7º, I, “a”, da Lei nº 4.717/65).

Com a vinda da contestação e eventuais documentos, **INTIME-SE a parte autora para manifestação no prazo de 10 (dez) dias e, após, DÊ-SE vista ao Ministério Público.**

Custas ao final, na forma do art. 10 da Lei 4.717/65.

PROCEDA-SE com a inclusão de Elda Mariza Valim Fim como litisconsorte ativo e de Eunice Helena Rodrigues de Barros no polo passivo do feito.

Intime-se.

Cumpra-se.

Cuiabá, 23 de Fevereiro de 2021.

(assinado eletronicamente)

BRUNO D'OLIVEIRA MARQUES

Juiz de Direito

