JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.097.07-73

REPRESENTAÇÃO – RETIFICAÇÃO DE EDITAL – IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE OS CONCORRENTES – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA – SELEÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA – CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO - DETERMINAÇÃO

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Trata-se do exame da representação formulada pela empresa Multilaser Industrial Ltda. contra o edital do Pregão n° 0017/2006, instaurado pela Secretaria Municipal do Trabalho, objetivando a aquisição de suprimentos de informática para seu consumo.

A representante pleiteia a retificação do edital do referido pregão, alegando, em síntese, que este, pelo seu Anexo I, descumpre princípios expressos na Lei n° 8.666/93, tais como o da competitividade, igualdade e legalidade, por consignar preferência e indicar marca ou modelo como parâmetro para os produtos licitados, ao estabelecer que 'Todos os itens deverão ser 100% novos, originais do fabricante do equipamento, não podendo ser reciclados, não recondicionados ou compatíveis, e deverão ser indicados de acordo com as especificações técnicas do(s) fabricante(s) dos respectivos equipamentos a que se destinam'.

Para sustentar sua alegação, a representante destaca decisões do Tribunal de Contas da União, bem como junta atestados acerca de sua capacidade técnica, comprobatórios do fornecimento, a entidades e órgãos públicos, de objetos compatíveis com o exigido no edital, contra o qual ora se insurge.

Instada a se manifestar, a Origem alegou que a empresa representante, não tendo solicitado esclarecimentos ou impugnado o edital no momento oportuno, recorreu da decisão de sua desclassificação, sem, no entanto, efetuar o recolhimento do preço público determinado pelo Decreto n° 48.074/2006, conforme previsto no subitem 8.3 do edital, razão pela qual seu recurso deixou de ser conhecido. Quanto ao mérito, invocou o princípio da padronização estatuído no art. 15, inciso I, da Lei Federal n° 8.666/93, esclarecendo que a opção pela aquisição de produtos originais justifica-se, uma vez que o anterior uso de equipamentos compatíveis acabou por ocasionar defeitos nas impressoras utilizadas, além da necessidade de observância das condições de garantia. Anexou à sua defesa a ordem de serviço, expedida pela empresa de assistência técnica, recomendando o uso de suprimentos originais, bem como os certificados que excluem da garantia o conserto de produtos danificados em decorrência da utilização de suprimentos não originais.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se pela admissibilidade da representação. No mérito, considerando os esclarecimentos prestados pela Origem e frente à manifestação do Núcleo de Tecnologia da Informação deste Tribunal, opinou a Especializada pela improcedência da representação, à vista do entendimento da existência de justificativas técnicas suficientes para assegurar a restrição feita pelo edital em questão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou a manifestação precedente, no sentido do conhecimento da representação, e, no mérito, da sua improcedência.

A Secretaria Geral entendeu preenchidos os requisitos legais e regimentais de admissibilidade da representação e, na esteira das manifestações dos demais órgãos técnicos deste Tribunal, opinou igualmente pela sua improcedência, por entender que os elementos integrantes do procedimento licitatório estão afetos aos ditames legais.

É o relatório.

VOTO

Não obstante a denominação empregada na exordial, entendo que, à luz do disposto no § 1° do artigo 113 da Lei Federal n° 8.666/93, o que deve ser prestigiado é a garantia do sistema de controle externo dos atos da Administração Pública, em detrimento de exigências excessivamente formalistas e burocráticas que possam colocar em risco ou mesmo prejudicar a viabilidade de seu exercício. Assim sendo, recebo-a e dela conheço como representação, por versar aspectos que dizem respeito ao exame da legalidade da licitação, bem como por verificar estarem atendidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno desta Corte.

No mérito, comungo do entendimento expressado nos pareceres dos órgãos preopinantes e julgo-a improcedente, passando a fazer as seguintes considerações:

O processo de licitação pública deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes e somente permitir exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, sendo duas finalidades básicas: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Norteando as condutas dos agentes públicos no âmbito das licitações, a lei veda, taxativamente, entre outras, medidas que admitam, prevejam, incluam ou tolerem, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, bem como qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (§ 1º, inciso I, do artigo 3°).

Todavia, considerando-se que as regras legais, decorrentes do princípio licitatório, balizam-se pelos princípios expressos pelo "caput" do referido artigo 3°, bem como pelos que lhe são correlatos, tem-se que, no contexto da vantajosidade a ser alcançada pela licitação, a par do aspecto da qualidade, o princípio da economicidade se impõe, frente à natureza pública inerente às despesas realizadas pela Administração.

Por conseguinte e relativamente à questão que se discute nos autos, pode-se entender que – se, em face dos princípios da igualdade e da competitividade, encontra-se expressamente vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas – admite a lei a ocorrência de casos em que razões de ordem técnica justifiquem a realização de licitação que os inclua (§ 5° do artigo 7°), levando-se em conta que a garantia de qualidade é fator que se reflete na economicidade a ser obtida.

Por seu turno, a par de a lei estabelecer vedação à indicação de marca também no caso de compras (inciso I, do § 7°, do artigo 15), estas deverão observar o princípio da padronização, expresso pelo inciso I desse mesmo dispositivo, que determina que 'as compras, sempre que possível, deverão atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas'.

Marçal Justen Filho, em virtude do princípio da isonomia, entende que o ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à proposta vantajosa, sendo que o edital, quando define o objeto da licitação, estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação (Comentários, 10ª ed., p. 51).

Ao analisar o artigo 7°, § 5°, da Lei 8.666/93, o referido autor afirma a possibilidade da contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que presente o interesse público, advertindo que 'não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização da marca como instrumento de 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'. Quanto ao § 7° do artigo 15, conclui que 'Seria despropositado, porém, que a escolha fundada em razões lógicas e objetivas não pudesse retratar-se na utilização da marca. Isso produziria uma complicação desnecessária e inútil no nível da linguagem'. Por outro lado, acrescenta que 'também se vem difundindo a utilização da marca para fins de determinação do padrão de qualidade mínimo admissível. Ou seja, o edital vale-se da marca para fins de especificação do objeto. Estabelece, então, que a licitação visará à aquisição de produtos de determinada marca ou similar' (obra citada, p. 119 e 167).

Também o Tribunal de Contas da União admite o caráter não absoluto das vedações feitas pela lei, na eventualidade de haver justificativas técnicas, consoante se vê das Decisões 664/2001 Plenário, referida no parecer da AJCE, de fls. 140/146, e 130/2002 (DOU de 08/03/2002). Esta última decorreu do julgamento feito no âmbito do TC 012.461.2001-3, em que o representante alegou que o edital da licitação, ao exigir produtos originais, não deixou claro tratar-se de produtos originais da mesma marca do equipamento. O TCU julgou-a procedente, por entender haver ocorrido descumprimento da lei de licitações. Das determinações ali consignadas ao órgão representado, cabe destacar as seguintes:

a) nos processos licitatórios, observe a vedação à preferência de marcas, inserta nos artigos 15, § 7°, inciso I, e 25, inciso I, da Lei n° 8.666/93;

b) quando o objeto incluir bens e/ou serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, faça constar dos processos a competente justificativa técnica, consoante o disposto no parágrafo 5° do artigo 7° da Lei n° 8.666/93;

c) nos editais convocatórios, observe os termos do artigo 40, inciso I, da Lei n° 8.666/93, de forma que o objeto da licitação seja descrito de forma sucinta, objetiva e clara, evitando, assim, interpretações equivocadas;

d) observe, rigorosamente, o disposto no artigo 3° da Lei nº 8.666/93, limitando-se a efetuar restrições a quaisquer produtos e/ou serviços quando sejam imprescindíveis para garantir a escolha da melhor proposta para a Administração, as quais devem ser devidamente amparadas em justificativas técnicas.

No presente feito, a exigência editalícia de originalidade dos produtos – relativamente às marcas dos equipamentos em que seriam utilizados, expressamente apontados pelo Anexo I do edital – não impediu a participação e a classificação de várias empresas, relativamente aos diversos lotes licitados, sendo que, dos 17 (dezessete) lotes, apenas dois restaram fracassados, conforme consta da ata de fls. 107/121 (DOC de 05/01/2007, fls. 122/130).

Em sua defesa junto a esta Corte, a Origem, embora não se referindo à existência de prévios estudos técnicos a embasar a medida adotada, apresentou esclarecimentos e juntou documentos que entendeu aptos a justificar suas razões (fls. 133 a 136).

É certo que justificativas fundadas em malogradas experiências passadas não são admitidas para, por si só, justificar a preferência por determinada marca ou mesmo a padronização. Tampouco o são, isoladamente, as condições de garantia dos equipamentos, considerando-se o crescente avanço da tecnologia e da competitividade de mercado. Contudo, não se vislumbra, nos autos, que tenham sido os atos praticados contra o interesse público de buscar a proposta mais vantajosa relativamente às necessidades administrativas da Secretaria Municipal do Trabalho.

À vista do exposto, conheço da representação, por presentes os requisitos de admissibilidade. No mérito, considerando os elementos constantes dos autos e os pareceres dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral desta Corte, bem como da Procuradoria da Fazenda Municipal, julgo-a improcedente.

Determino à Origem, contudo, que, no futuro, em casos análogos, faça constar dos processos administrativos das licitações os motivos que justifiquem eventuais restrições ao princípio da competitividade, decorrentes de estudos técnicos formal e previamente realizados.

Dê-se ciência do julgamento à empresa representante e ao órgão representado.

Após as providências cabíveis, arquivem-se os autos.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 20 de junho de 2007.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, não obstante a denominação empregada na exordial, em recebê-la, conhecendo-a como representação, por versar aspectos que dizem respeito ao exame da legalidade da licitação, bem como por atender aos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, no mérito, em julgar improcedente a mencionada representação, determinando à Secretaria Municipal do Trabalho – SMTrab que, no futuro, em casos análogos, faça constar dos processos administrativos das licitações os motivos que justifiquem eventuais restrições ao princípio da competitividade, decorrentes de estudos técnicos formal e previamente realizados.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que seja dado ciência do julgamento à Multilaser Industrial Ltda. e à SMTrab, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de junho de 2007.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator